Über die Tragweite des § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Otto Kracht,

Gerichtsassessor.

Bochum.

Buchdruckerei Wilh. Stumpf, G. m. b. H.

1902.

Über die Tragweite des § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät zu Rostock

vorgelegt von

Otto Kracht,

Gerichtsassessor.

Bochum.

Buchdruckerei Wilh. Stumpf, G. m. b. H.

1902.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0026

Litteratur.

Achilles-Strecker, die Grundbuchordnung nebst den Preussischen Ausführungsbestimmungen, Bd. I, (das Reichsrecht) 1901.

Best, das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neuen bürgerlichen Gesetzgebung für das Deutsche Reich, 1896.

Biermann, das Sachenrecht des B. G.-B. 1900.

Boehm, das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, 1898.

Brachvogel-Frydrychowicz, Handbuch des Grundbuchrechts, 1901.

Bruck, die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1898.

„ Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen R., 1900.

Crusen u. Müller, die preussischen Ausführungsgesetze z. B. G.-B., 1901.

Dernburg, das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens, II. Bd., 1. Abt. 1899, 2. Abt. 1901.

Eccius, Preussisches Privatrecht, 1892.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1898.

Enneccerus-Lehmann, das Bürgerl. Recht, I. Bd., 1901.

Fischer-Henle, d. Bürg. Ges., Handausgabe, 1900.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B. G.-B. und zur Grundbuchordnung, 1900.

Goldmann, Lilienthal, das Bürg. Ges, systematisch dargestellt nach der Legalordnung des Allg. Landrechts, 1900.

Goldmann, Lilienthal, das Bürg. Ges., systematisch dargestellt, 2. Aufl., 1901.

Habicht, die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 1901.

Hachenburg, das Bürg. Ges.-B. für d. D. R., Vorträge, gehalten in den Jahren 1886/97, 2. Aufl., 1900.

Heinitz, Kommentar zum Preussischen Stempelsteuergesetz nebst Tarif, 1901.
Kaufmann, Kommentar und Institutionen des B. G.-B. für Studium und Praxis, 1901.
Klumpp, das deutsche Grundbuchrecht und die württembergische Ausführ.-Best., 1901.
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht, 1902.
Kuhlenbeck, das Bürg. Ges.-B. für das Deutsche Reich nebst dem Einf.-Ges., 1898.
Lobe, die Form der Rechtsgeschäfte, 1901
Maenner, das Recht der Grundstücke nach dem B. G.-B. und der Grundbuchordnung für d. D. R., 1899.
Makower, das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 1893.
Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1899.
Meisner, Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für d. D. R., 1899.
Niedner, d. Einführungsgesetz v. 18. August 1896—1899.
Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht und die Preussischen Ausf.-Bestimmungen, 1900.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1899.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch u. Einf.-Ges, Bd. II, 1900.
Raeder, das materielle Grundbuchrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Berücksichtigung des in Elsass-Lothringen geltenden Rechts, 1897.
Scherer, Recht d. Schuldv. d. B. G.-B., 1899.
Schollmeyer, (Hölder's Kommentar) Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
Soergel, Rechtsprechung 1900/01, 1902.
Stammler, d. Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
Staub, Kommentar z. H. G.-B., 1900 (sowie 5. Aufl.).
Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preussischen Ausführungsbestimmungen, 1900.

Gesetzesmaterialien.

Zeitschriften und Entscheidungen.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtl. Ausg., 1888.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürg. G.-B. — Bearbeitet von Dr. Achilles, Gebhard, Spahn, 1898.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürg. Ges.-B., 1896.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürg. Ges.-B. und Einf.-Ges., 1896.

Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages, 1902.

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand (Soergel).

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Labaud, Stenglein, Staub.

Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltsvereins.

Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat (Lobe).

Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreussen.

Gutachten aus dem Anwaltsstande über die I. Lesung des Entwurfs eines Bürg. Ges.-B.

Striethorst's Archiv für Rechtsfälle.

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Seuffert's Archiv.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdau, Falkmann).

Entscheidungen des Obertribunals,
Reichs-Oberhandelsgerichts,
Kammergerichts (Johow),
Reichsgerichts in Civilsachen.

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Formfreiheit, Formzwang.

Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . . S. 10

Abhandlung.

I. Teil. Die Formvorschrift.

1. Abschnitt. Zweck und Gründe der Formvorschrift S. 12
2. Abschnitt. Anwendungsgebiet.
a) Obligatorischer, nicht dinglicher Vertrag . . S. 15
b) Eigentum, nicht sonstige dingliche Rechte an Grundstücken . . . . . S. 16
Ausnahmen:
α) Erbbaurecht . . . . . S. 16
β) Eigentumsgleiche Rechte . . . . . S. 20
Vertrag, nicht einseitiges Rechtsgeschäft . . . . S. 21
Abtretungsvertrag . . . . . S. 23
Aufhebung des Vertrages . . . . . S. 25
Wandlung . . . . . S. 26
Sämtliche Grundstücksveräusserungsverträge ohne Rücksicht auf die causa . . . . . S. 29
Handelsgeschäfte . . . . . S. 29
Gesellschaftsverträge, insbesond. nach Handelsrecht S. 31
Bedingter Vertrag . . . . . S. 33
Vorkauf . . . . . S. 33
Wiederkauf . . . . . S. 34
Vorvertrag . . . . . S. 35
Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis . . . . S. 35

Zustimmung, Bestätigung, Vollmacht . . . . . S. 35
Zeitliche Geltung . . . . . S. 36

3. Abschnitt. Die Form.

Allgemeine Erfordernisse . . . . . S. 36
Ausnahmen . . . . . S. 37
Vertragsantrag . . . . . S. 40
„An die Hand geben“ . . . . . S. 40
Folgen der Nichtbeachtung der Formvorschrift . . S. 41
Strafversprechen . . . . . S. 41
Einreichung des privatschriftlichen Kaufvertrages beim Grundbuchamt . . . . . S. 41
Prozessvergleiche über Grundstücksveräusserung . S. 42

II. Teil. Die Heilung des Formmangels.

1. Abschnitt. Grund und rechtlicher Charakter der Vorschrift des Satzes 2 in § 313 . . . . . S. 43

2. Abschnitt. Voraussetzungen der Heilung.

Auflassung . . . . . S. 46
Eintragung . . . . . S. 49
Rechtszustand vor Anlegung des Grundbuches . . S. 49

3. Abschnitt. Die Wirkungen der Heilung.

α) Umfang. Nur der Mangel der Form . . . S. 51
Der Vertrag seinem ganzen Inhalte nach S. 51
Eintragung auf Grund des Urteils . . . S. 54
β) Zeitpunkt des Eintritts der Heilung . . . . S. 55

Einleitung.

Formfreiheit und Formzwang. Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Die Lösung der Frage, ob die Gültigkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig zu machen oder ohne eine solche Form anzuerkennen sei, gehört zu den wichtigsten, aber auch schwierigsten Aufgaben der Gesetzgebung. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht grundsätzlich auf dem Boden der Formfreiheit. Der von ihm eingenommene Standpunkt entspricht sowohl dem zur Zeit seines Inkrafttretens geltenden Reichsrecht, insbesondere dem Handelsgesetzbuch, als auch dem gemeinen Recht und den meisten deutschen Partikularrechten. Das neuere Recht weicht in dieser Beziehung vom alten Recht erheblich ab. An Stelle des ursprünglich überall geltenden Formzwanges gelangte, wie ein Blick auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung lehrt, allmählich der Grundsatz der Formfreiheit zur Anerkennung. Während sowohl das altrömische als auch das altgermanische Recht strenge Formen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr aufweisen, sind das spätere römische Recht und unter seiner Einwirkung nach der Reception auch das deutsche von dem Prinzip der Gültigkeit formloser Rechtsgeschäfte beherrscht. Dieser Entwickelung und dem Bedürfnis des Verkehrs Rechnung tragend[1]), fordert das Bürgerliche Gesetzbuch zur Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, insbesondere auch der Verträge

[1]) Motive, Bd. I, S. 178. — Protokolle, Bd. I, S. 88ff.

keine bestimmte Form der Willensäusserung. Indessen nötigten andererseits überwiegende Gründe dazu, für bestimmte Fälle, wie z. B. für Schenkung und Bürgschaft, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, von der Regel abzuweichen[1] [2]. Als eine Ausnahme vom Prinzip der Formfreiheit stellte sich auch der § 313 B. G.-B's. dar, welcher bestimmt:

> **„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen."**

Im Folgenden soll die Tragweite dieser für den Verkehr äusserst wichtigen und einschneidenden Vorschriften erörtert werden. Den Ausgangspunkt der Abhandlung wird eine kurze Darlegung des Zwecks und der Gründe der Formvorschrift bilden, wodurch gleichzeitig die Prüfung mancher Einzelfragen erleichtert wird. Auf der so gewonnenen Grundlage soll alsdann das Anwendungsgebiet der in Satz 1 enthaltenen Formvorschrift abgegrenzt, die vorgeschriebene Form des näheren erörtert und schliesslich die in Satz 2 vorgesehene Heilung des Formmangels nach ihren Voraussetzungen und Wirkungen dargelegt werden.

---

[1]) Motive, Bd. I, S. 178 ff.

[2]) Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 37.

Abhandlung.

I. Teil. Die Formvorschrift.

I. Abschnitt. Zweck und Gründe der Formvorschrift.

Gründe verschiedenster Art sind es, die im einzelnen Fall die Festsetzung einer bestimmten Form als Bedingung der Gültigkeit veranlassen.[1]) Häufig soll die Form zur Sicherung des Beweises dienen, zuweilen den endgültigen Vertragsabschluss von den Vorverhandlungen äusserlich abgrenzen. Meistens verfolgt jedoch der Gesetzgeber mit der Formvorschrift den Zweck, die Parteien zur sorgfältigen Überlegung zu nötigen. Es ist Sache der Auslegung, Grund und Zweck der Festsetzung einer besonderen Form festzustellen, wobei zu berücksichtigen ist, dass in fast allen Fällen mehrere Gesichtspunkte, wenn auch in verschiedenem Masse, für den Gesetzgeber leitend gewesen sind.

§ 313 entsprang, wie Motive[2]) und Protokolle[3]) ergeben, in erster Linie dem Bestreben, die Vertragschliessenden bei Verkauf und Erwerb von Grundbesitz vor übereiltem Handeln zu bewahren, auf sie in ihrem eigenen Interesse einen Überlegungszwang auszuüben. Es sind im wesentlichen Gründe wirtschaftlicher, sozialpolitischer Natur, die zur Aufnahme des § 313 geführt haben.[4]) Zur Abweichung vom

[1]) Vgl. Lobe, die Form der Rechtsgeschäfte, S. 9 ff. — Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 181.
[2]) Motive, Bd. II, S. 189 ff.
[3]) Protokolle, Bd. I, S. 458 ff.
[4]) Kaufmann, Komm. und Institutionen, Bd. II, S. 144.

Prinzip der Formfreiheit bewog den Gesetzgeber nicht etwa der im Vergleich zu manchen Gegenständen des beweglichen Vermögens keineswegs besonders hohe Wert des Grundbesitzes, sondern die hohe Bedeutung, die ihm auch in unserer Zeit für die Lebensstellung, den Beruf und Erwerb des Eigentümers und seiner Angehörigen, für manche mit ihm verknüpfte Rechtsverhältnisse von grösserer Tragweite und längerer Dauer zukommt. Daher bestand auch über die Notwendigkeit einer Form für Grundstücksveräusserungsverträge von vornherein allseitiges Einverständnis in beiden Kommissionen [1]) für die Ausarbeitung des Gesetzentwurfes. Ebenso wurde sie von fast allen Regierungen der deutschen Bundesstaaten für dringend erwünscht erachtet.[2])

Dem Formzwang wurde jedoch nur der Vertrag unterstellt, durch den die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums begründet wird. Ihn auch auf Verträge über Begründung oder Übertragung anderer dinglichen Rechte auszudehnen, wurde mit der Begründung abgelehnt, dass bei diesen dem Eigentum an Wert und Bedeutung nachstehenden Rechten die Formalisierung des dinglichen Vertrages genüge.[3])

Eine weitere Schwierigkeit bot die Auswahl der Form. Es lag nahe, nach dem Vorbild des preussischen Rechts [4]) sich mit einfacher Schriftform zu begnügen. Doch lehrte die Erfahrung, dass das erstrebte Ziel, die minder geschäftsgewandte Bevölkerung vor leichtfertigen Grundstücksveräusserungen und Erwerbungen zu schützen, durch die

---

[1]) Motive, Bd. II, S. 191. — Protokolle, Bd. I, S. 459.
[2]) Nur Mecklenburg-Schwerin und Strelitz erklärten sich gegen die Einführung der Form. Protokolle, Bd. I, S. 459.
[3]) Protokolle, Bd. I, S. 463.
[4]) A. L. R. I. 5. § 109. I. 10 §§ 15 ff. I. 11. § 75.

blosse Schriftform nur in beschränktem Masse erreicht wird. Es galt vor allem, die sog. Wirtshausgeschäfte unmöglich zu machen. Den Zweck, auf die Beteiligten einen Überlegungszwang auszuüben, erfüllt nun ohne Zweifel am besten die gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Die Behauptung Dorst's[1]), sie könne, wie jede Form, unüberlegtes Handeln nicht verhindern, ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend. Gewiss sind mit dieser Form auch Nachteile verknüpft, und es lässt sich nicht leugnen, dass die Form, wie Hachenburg[2]) richtig hervorhebt, ein „zweischneidiges Schwert" ist, das nicht selten gerade demjenigen, den es schützen soll, zum Schaden gereicht. Gleichwohl wird man sich der Richtigkeit des vom Gesetzgeber eingenommenen Standpunkts für die überwiegenden und daher massgebenden Fälle schwerlich verschliessen können. Es war auch nicht angängig, dem von mancher Seite gemachten Vorschlage gemäss nur die Veräusserung landwirtschaftlicher Grundstücke dem Formzwang zu unterwerfen. Obwohl die für die Einführung der Form massgebenden sozialen Gesichtspunkte auf diese Grundstücke unstreitig am meisten zutreffen, erfordert doch auch Veräusserung und Erwerb städtischen Grundbesitzes wegen seiner wirtschaftlichen Bedeutung wohlüberlegtes Handeln, das eben durch die Form gesichert werden soll.

Vor allem würde jedoch die unterschiedliche Behandlung praktisch undurchführbar sein. Die Zugehörigkeit zu einer Land- oder Stadtgemeinde konnte unmöglich zu Grunde gelegt werden, da viele zum

[1]) Dorst in „Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentages", S. 18 ff.

[2]) Hachenburg, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch f. d. D. R., S. 91 ff.

Bezirk einer Stadtgemeinde gehörige Grundstücke lediglich landwirtschaftlich benutzt werden, während umgekehrt zu Dorfgemeinden gehörige Grundstücke in starkbevölkerten Industriegegenden nicht selten ihren ursprünglichen Charakter gänzlich abgestreift haben. Wollte man die Verträge über Grundstücksveräusserungen an eine Form binden, so musste man sie im Interesse der Verkehrssicherheit unterschiedlos für formbedürftig erklären. Die Formvorschrift konnte ohne Gefährdung der Verkehrssicherheit auch nicht auf Grundstücke von einem bestimmten Wert beschränkt werden.

Nicht nur der leichtfertige unüberlegte Abschluss des Vertrages sollte durch die Notwendigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung thunlichst unmöglich gemacht werden. Es sollte gleichzeitig auch eine klare und erschöpfende Feststellung des gesamten Vertragsinhalts durch die Form gesichert werden.[1]) Die einfache Schriftform bot eine hinreichende Garantie keineswegs, da bei ihr die Gefahr besteht, dass der Geschäftsgewandte sein Uebergewicht in unzulässiger Weise auszunutzen sucht. Bei der gerichtlichen und notariellen Form wird dagegen den Beteiligten in der Person des Richters oder Notars ein unparteiischer, rechtskundiger Berater an die Seite gestellt, dessen Pflicht es ist, für eine sorgfältige, zweifelsfreie Fassung des Vertrages und für die Regelung aller wesentlichen Punkte vor dem Vertragsabschluss Sorge zu tragen.

---

2. Abschnitt. Das Anwendungsgebiet.

Obligatorischer, nicht dinglicher Vertrag.

Der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf nach § 313 „ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grund-

[1]) Raeder, das materielle Grundbuchrecht, S. 33.

stücke zu übertragen.“ Zunächst leuchtet ein, dass hier nur der obligatorische Vertrag gemeint ist. Das ergiebt sowohl der Wortlaut des § 313, als auch seine Stellung im Sytem des Bürgerlichen Gesetzbuches, insofern er im II. Buch unter den allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse Aufnahme gefunden hat. Mit der dinglichen Einigung in §§ 873, 925 B. G.-B's. hat der in § 313 gedachte obligatorische Veräusserungsvertrag nichts zu thun. Das Gesetz scheidet in seinem Bestreben, den obligatorischen Vertrag von jeder dinglichen Beimischung frei zu halten, überhaupt grundsätzlich den obligatorischen Vertrag scharf von der dinglichen Einigung, die im Verhältnis zu ersterem als Erfüllungs- und Leistungsakt erscheint.[1])

Eingentum, nicht sonstige dingliche Rechte an Grundstücken.

Gegenstand des obligatorischen Vertrages muss die Übertragung des Eigentums bilden. Es scheidet demgemäss ohne weiteres aus der Vertrag über Einräumung und Übertragung des Besitzes. Vom Formzwang befreit ist aber auch die Vereinbarung, auf Grund derer dingliche Rechte am Grundstück begründet oder bestehende übertragen werden sollen. Hier hielt man, wie oben erwähnt, die an bestimmte Formen gebundene Einigung über die dingliche Rechtsveränderung für ausreichend.

Ausnahmen: **α) Erbbaurecht.**

Eine Ausnahme von dieser Regel bildet jedoch das Erbbaurecht. Die Frage, ob die Formvorschrift des § 313 für dieses gleichfalls gelte, wird allerdings von manchen ganz oder teilweise verneint. Man würde zweifellos, wie bei den übrigen dinglichen Rechten, die Vorschrift des § 313 für unanwendbar erklären müssen, wenn nicht die besonderen

[1]) Endemann, Einführung in das Studium d. B. G.-B., Bd. II, S. 67 ff. — Best, das Grundbuch und Hypothekenrecht, S. 49.

bei den übrigen dinglichen Rechten fehlenden Bestimmungen der §§ 1015 und 1017 vorhanden wären. Nach § 1015 bedarf es zur Begründung des Erbbaurechts anstatt des dinglichen Vertrages nach Art des § 873 Abs. 2 einer der Auflassung entsprechenden Einigung der Parteien. § 1017 bestimmt:

„Für das Erbbaurecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften.

Die für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung."

Dass die dingliche Begründung und Übertragung des Erbbaurechts nach den für den Eigentumserwerb geltenden Normen zu beurteilen ist, steht unbestritten fest. Streitig ist, ob auch die für den obligatorischen Grundstücksveräusserungsvertrag gegebenen Vorschriften des § 313 sich auf diejenigen Verträge erstrecken, durch welche sich jemand verpflichtet, das Erbbaurecht an seinem Grundstück für einen anderen zu begründen oder ein ihm an einem fremden Grundstück zustehendes Erbbaurecht auf einen anderen zu übertragen. Goldmann-Lilienthal[1]) verneinen die Anwendung sowohl hinsichtlich der Begründung als auch der Übertragung. Sie führen aus, § 1017 Abs. 1 komme nicht in Betracht, da er sich nur auf bereits entstandene Erbbaurechte beziehe und überhaupt keine Vorschriften über den Erwerb enthalte, zu den im Abs. 2 für anwendbar erklärten Vorschriften über den Erwerb des Eigentums sei aber § 313 nicht zu rechnen. Kretzschmar[2]) hält die Anwendung auf den Vertrag, inhaltlich dessen sich der Eigentümer eines Grundstücks zur Bestellung des Erbbau-

[1]) Goldmann-Lilienthal. Das Bürg. Gesetzb. systematisch dargestellt. Bd. I. S. 363. Anm. 6.

[2]) Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. S. 13.

rechts verpflichtet, gleichfalls für ausgeschlossen, da sich § 1017 Abs. 1 und ebenso Abs. 2 nur auf Erbbaurechte beziehe, die bereits zur Entstehung gelangt seien. Dagegen ist nach seiner Ansicht der die Übertragung eines bereits begründeten Erbbaurechts bezweckende obligatorische Vertrag nur in der gerichtlichen oder notariellen Form vollwirksam. Auch Maenner[1]) ist der Meinung, dass § 313 nur bei der Übertragung eines bereits entstandenen Erbbaurechts in Betracht komme. Diese Auffassungen sind m. E. nicht begründet. Es ist allerdings — entgegen der Ansicht Schollmeyer's[2]) — als richtig anzuerkennen, dass § 1017 ein bestehendes Erbbaurecht voraussetzt, wie sich aus der Gegenüberstellung des § 1017 mit dem die Begründung besonders regelnden § 1015 ergiebt. Dieser Umstand schliesst aber die Anwendung des § 313 auch auf den Vertrag keineswegs aus, wodurch die Verpflichtung zur Begründung eines neuen Erbbaurechts übernommen wird. § 1017 Abs. 1 erklärt alle auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches für anwendbar, auch die des Obligationenrechts und somit auch des § 313. Mögen auch unter den Vorschriften über den Erwerb des Eigentums in § 1017 Abs. 2 in erster Linie sachenrechtliche Vorschriften zu verstehen sein, so entspricht es doch dem Sinn des Abs. 2 im Zusammenhalt mit dem allgemeinen Grundsatz des Abs. 1 und ebenso dem Willen des Gesetzgebers, wenn man auch für die obligatorische Bindung die für den Eigentumserwerb vorgeschriebene Form fordert, da sonst die beabsichtigte Gleichstellung des Erbbaurechts und des Eigentums zum grössten Teil wieder aufgehoben würde. Nun fehlt es frei-

[1]) Maenner, das Recht der Grundstücke nach dem B. G.-B. und der G. B. O. S. 193.

[2]) Schollmeyer, das Recht der Schuldverhältnisse, S. 166.

lich hinsichtlich der Begründung des Erbbaurechts an einer dem § 1017 entsprechenden Bestimmung im Gesetze. Aus § 1015 erhellt jedoch, dass für die Begründung dieselbe Form der dinglichen Einigung gelten soll, wie für die Übertragung des Erbbaurechts. In dinglicher Beziehung besteht also kein Unterschied. Schon dieser Umstand legt die gleiche rechtliche Behandlung auch hinsichtlich des obligatorischen Vertrages in beiden Fällen nahe. Jedenfalls sprechen aber dieselben Erwägungen, welche die Anwendung hinsichtlich der Übertragung geboten erscheinen lassen, auch für die Wahrung der Form bei dem die Begründung bezweckenden Vertrage. Auf Seiten des Erwerbers macht es keinen Unterschied, ob er ein bisher schon bestandenes Erbbaurecht oder ein für ihn neu begründetes Erbbaurecht übernimmt. Für den Eigentümer hat die Abzweigung des Erbbaurechts von seinem dadurch sehr eingeschränkten und meistens dadurch zur nuda propietas herabgedrückten Eigentum die gleiche Bedeutung, welche die Übertragung des Erbbaurechts für den Berechtigten hat. Die Notwendigkeit wohlüberlegten Vertragsabschlusses ist in beiden Fällen dieselbe. Demgemäss wird man nicht nur für die Übertragung des bestehenden Erbbaurechts, sondern auch für die Begründung dieses Rechtes gerichtliche oder notarielle Beurkundung des obligatorischen Vertrages fordern müssen. Dieser auch der Ansicht der II. Kommission[1]) entsprechende Standpunkt wird von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten.[2])

[1]) Protokolle, Bd. I, S. 464.

[2]) Neumann, Handausg. d. B. G.-B's., Bd. I, S. 161. — Kaufmann, Bd. I, S. 144. — Kuhlenbeck, d. B. G.-B., I, S. 174. — Turnau-Förster, Bd. I, S. 328. — Scherer, Sachenr., S. 173. — Oertmann, R. d. Sch., S. 62. — Dernburg, d. Bürg. Recht, Bd. II, Abt. I, S. 176. — Biermann Sachenr., S. 131. — Schollmeyer, R. d. Schuldv., S. 166 (im Ergebnis).

Eigentumsgleiche Rechte.

Ebenso wie beim Erbbaurecht, bedarf der obligatorische Verpflichtungsakt gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bei denjenigen Rechten, die den gleichen Grundsätzen unterstellt sind, wie jenes. Zu diesen Rechten zählt zunächst das durch Art. 63 E.-G. z. B. G.-B. aufrechterhaltene Erbpachtrecht, mit Einschluss des Büdner- und Häuslerrechts in den Bundesstaaten, in welchem sich derartige Rechte erhalten haben.[1]) Hier wird ausdrücklich die entsprechende Anwendung des § 1017 B. G.-B's. vorgeschrieben.[2]) Sodann gehören hierzu die durch Art. 68 E.-G. z. B. G.-B. aufrecht erhaltenen vererblichen und veräusserlichen Rechte zur Gewinnung eines den bergrechtlichen Vorschriften nicht unterliegenden Minerals, deren Inhalt bereits partikularrechtlich näher bestimmt ist. Sie werden durch die Bestimmung des Art. 68, wonach die §§ 1015, 1017 B. G.-B's. Anwendung zu finden haben, dem Erbbaurecht völlig angepasst. Daraus ergiebt sich auch für diese Rechte die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung des obligatorischen Vertrages.

In gleicher Weise greift die Formvorschrift bei denjenigen vererblichen und übertragbaren Nutzungsrechten an einem Grundstück Platz, auf welche die Landesgesetze[3]) kraft der in Art. 196 E.-G. z. B.G.-B. erteilten Ermächtigung die sich auf Grundstücke be-

---

[1]) Vor allem in Meklenburg-Schwerin und Strelitz, auf deren Veranlassung der Vorbehalt gemacht wurde. Vergl. Niedner, das Einführungsgesetz vom 18. August 1896, S. 130 ff.

[2]) Vergl. Fuchs, Grundbuchrecht, S. 12. — Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht, S. 404.

[3]) In Preussen (Art. 40 A.-G. z. B. G.-B.) nur die auf eigenem Grundbuchblatt eingetragenen selbstständigen Gerechtigkeiten des bisherigen Rechts, insbesondere Fähr- und Fischereigerechtigkeiten. Apothekenprivilegien. Schiffsmühlengerechtigkeiten, unabgelöste Zwangs- und Bannrechte. Vergl. Crusen und Müller, Pr. Ausf.-G. S. 346. Fuchs, Grundbuchrecht, S. 12.

ziehenden und für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften für anwendbar erklärt haben.

Für die Form des obligatorischen Veräusserungsvertrages ist § 313 schliesslich auch massgebend bei solchen Rechten, welche in vollem Umfange der landesgesetzlichen Regelung überlassen sind, sofern sie auf diesem Wege den Vorschriften über den Erwerb des Eigentums unterstellt sind. In dieser Beziehung kommt namentlich das reichsgesetzlich nicht geregelte Gebiet des Bergrechts in Betracht.[1]) (Art. 67. E.-G. z. B. G.-B.) Gültig ist bei all' diesen grundstücksähnlichen Rechten nur der gerichtlich oder notariell beurkundete Veräusserungsvertrag.

Vertrag, nicht einseitiges Rechtsgeschäft.

Der Thatbestand des § 313 B. G.-B's. erfordert sodann in allen Fällen, dass die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück durch Vertrag d. h. durch die übereinstimmende Willenserkläruug zweier oder mehrerer Personen übernommen wird. Eine solche Verpflichtung kann an sich auch durch ein lediglich einseitiges Schuldversprechen unter den Voraussetzungen begründet werden, unter denen ihm das Bürgerliche Gesetzbuch ausnahmsweise verbindliche Kraft verleiht: bei der Stiftung (§§ 80, 81), Auslobung (§§ 657 ff) und Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793 ff).[2]) Es fragt sich, ob diese Rechtsgeschäfte, sofern sie

[1]) In Preussen ist grundstücksgleiche Behandlung vorgeschrieben für das Bergwergkseigentum und die Kuxe des älteren Rechts, sowie für das vererbliche und veräusserliche Recht auf Gewinnung von Kohlen in den vormals sächsischen Landesteilen. Art. 37, Nr. I und XIII, Art. 38 A.-G. z. B. G.-B. Vergl. Crusen und Müller, S. 329. — Über das Württembergische Recht: Klumpp, das deutsche Grundbuchrecht und die Württembergischen Ausführungsbestimmungen, S. 383.

[2]) Dernburg, d. Bürg. Recht, Bd. II, Abt. I, S. 172. — Kuhlenbeck, das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, S. 210. — Planck, Bd. II, S. 78. — Matthiass, Bd. I, S. 346.

Grundstücke zum Gegenstande haben, wegen dieses Inhalts anstatt der zu ihrer Gültigkeit regelmässig erforderten Form der Form des § 313 bedürfen. Die Frage ist m. E. zu verneinen. Zwar gilt auch für das Bürgerliche Gesetzbuch der im Entwurf I[1]) (§ 343) ausdrücklich ausgesprochene Grundsatz: „Wird ein einseitiges Versprechen von dem Gesetze als verbindlich anerkannt, so finden auf das daraus entstehende Schuldverhältnis die für Schuldverhältnisse aus Verträgen geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt.“ Die Anwendbarkeit des § 313 kann jedoch hieraus nicht gefolgert werden. Denn es wird ausdrücklich als Bedingung der Gleichstellung vorausgesetzt, dass die Rechtsgeschäfte selbst materiell und auch formell rechtswirksam sind. Die Bestimmungen des § 313 analog auf die einseitigen Rechtsgeschäfte auszudehnen, weil für sie in mancher Hinsicht das gleiche Bedürfnis bestehe, einen Überlegungszwang auszuüben, ist ebensowenig angängig. Denn § 313 stellt sich, wie eingangs erwähnt, als Ausnahmevorschrift dar, die eine strikte Auslegung erheischt. Es genügt also bei der Stiftung, auch wenn zu dem künftigen Stiftungsvermögen Grundstücke gehören, die in § 81 vorgeschriebene Form privatschriftlicher Willenserklärung. Werden bei einer Auslobung Grundstücke als Belohnung ausgesetzt, so kann die Auflassung auf Grund der öffentlichen Bekanntmachung von demjenigen, der die Handlung vorgenommen hat, gefordert werden. Entsprechend genügt bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber die blosse Schriftform auch für den

[1]) Von der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs wurde die Bestimmung als „selbstverständlich“ gestrichen; vergl. Protokolle, Bd. I, S. 447, 448.

zwar seltenen, aber rechtlich möglichen Fall der Übernahme einer Verpflichtung, das Eigentum an Grundstücken auf den legitimierten Inhaber zu übertragen. Auf alle diese Fälle ist der ausdrücklich von Verträgen handelnde § 313 B. G.-B's. nicht anwendbar.[1])

Innerhalb des Bereichs der Verträge ist nicht jede Vereinbarung gemeint, die sich auf das Eigentum an einem Grundstück bezieht. Es muss die Übertragung des Eigentums auf einen anderen bezweckt sein. Daher scheidet der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück gemäss § 928 B. G.-B's aufzugeben, von vornherein aus. Er ist formlos gültig. Auch eine analoge Ausdehnung des § 313 auf einen solchen, praktisch wohl selten vorkommenden Vertrag, wie sie Planck[2]) versucht, ist bei dem Charakter der Vorschrift ausgeschlossen. Ein für die Ausdehnung die Grundlagen bietender Wille des Gesetzgebers ist jedenfalls nicht zum Ausdruck gelangt.[3])

Abtretungsvertrag.

Das Erfordernis des auf Übertragung des Eigentums gerichteten Vertragsinhaltes fehlt auch dem Vertrage, inhaltlich dessen sich der Käufer eines Grundstückes zur Abtretung seines Rechtes auf Auflassung verpflichtet. Der Versuch Brettner's,[4]) die Form auch auf diese Vereinbarung für anwendbar zu erklären, da die Sondervorschrift „selbst wortlautlich genommen, auf den hier in Rede stehenden Rechtsvorgang passe", muss als verfehlt bezeichnet werden. Unhaltbar ist auch die von ihm

[1]) Goldmann-Lilienthal, das Bürgerliche Gesetzbuch, syst. dargestellt. Bd. I, S. 362.

[2]) Planck, Kommentar z. B. G.-B. Bd. II, S. 85.

[3]) Kuhlenbeck, das Bürg. Gs. Bd. I, S. 216. — Fischer-Henle, Bürg. Gs. S. 164. — Goldmann-Lilienthal, das Bürg. Gesetzbuch, syst. dargestellt. Bd. I, S. 363.

[4]) Brettner in der Ztsch.: „Das Recht". 1900. S. 319.

für zulässig und geboten erachtete Umdeutung der in § 313 zu Anfang gebrauchten Worte in den Ausdruck: „Ein Vertrag, welcher das Eigentum eines Grundstücks zum Gegenstande hat.“ Er giebt dadurch dem § 313 ein über die Absicht des Gesetzgebers weit hinausgehendes Anwendungsgebiet. Auch die von Scherer[1]) für die analoge Anwendeung gegebene Begründung, sie entspreche der Intention des Gesetzgebers, ist nicht stichhaltig. Ebensowenig wird Martinius[2]) dem rechtlichen Charakter der Formvorschrift des § 313 als einer die analoge Anwendung ausschliessenden Ausnahmebestimmung gerecht, wenn er auch ohne eine besondere Vorschrift die Abtretung der Rechte auf Auflassung eines verkauften Grundstücks der Form des § 313 unterstellen zu müssen glaubt. Allerdings lässt sich nicht in Abrede stellen, dass bei Abtretungsverträgen die Wahrung einer Form behufs Vermeidung übereilten Vertragsabschlusses häufig geradeso wünschenswert ist, wie bei den Kaufverträgen selbst, zumal bei den Güterparzellierungen. Solche Erwägungen mögen de lege ferenda sehr wohl am Platze sein. Man darf sich jedoch nicht verleiten lassen, vermittels einer auf derartige Erwägungen gegründeten Auslegung von den positiven Vorschriften des geltenden Rechts abzuweichen.[3]) Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt den obligatorischen Vertrag als formlos gültig an und macht bei der Abtretung von Rechten aus Verträgen der in § 313 B. G.-B's. gedachten Art keine Ausnahme von diesem allgemeinen Grundsatze. Die herrschende Ansicht verneint daher auch für

[1]) Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, S. 141.

[2]) Martinius, „Gutachten aus dem Anwaltstande zu § 293 bis 313.“ S. 56.

[3]) Landsberger in der „Deutschen Juristenzeitung“. 1901. S. 350.

den Abtretungsvertrag die Notwendigkeit gerichtlicher oder notarieller Beurkundung.[1]) Übrigens könnte, wenn § 313 zur Anwendung zu bringen wäre, nur der obligatorische Vertrag in Betracht kommen, nicht etwa, wie Martinius[2]) meint, der Rechtsakt der Abtretung selbst. Dieser kann höchstens mit der gleichfalls den Erfüllungsakt darstellenden Auflassung in Parallele gestellt werden; es ist jedoch nicht angängig, ihn mit dem obligatorischen Veräusserungsvertrage gleichzustellen und dessen Form auf ihn anzuwenden.

Aufhebung des Vertrages.

Da der Thatbestand des § 313 als Inhalt des Vertrages die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums erfordert, kann § 313 nicht für den Fall zur Anwendung gebracht werden, dass die Parteien die Aufhebung des formgerecht geschlossenen Vertrages vereinbaren. Vorausgesetzt ist natürlich, dass das Eigentum am Grundstück noch nicht auf den Erwerber übergegangen ist. Denn unter diesen Umständen würde letzterer gleichzeitig die Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigentums übernehmen, und der Vertrag würde um deswillen der Form bedürfen. Für die von Brettner[3]) vertretene Ansicht, auch die vor dem Eigentumsübergang stattfindende Aufhebung des Vertrages sei formbedürftig, bietet das Gesetz keine Anhaltspunkte. Es fehlt, wie er selbst zugiebt, an einer dem § 389 I. 5 A. L.-R. entsprechenden positiven Vorschrift im Bürgerlichen Gesetzbuche. Brettner glaubt jedoch seine Auffassung mit der Auslegung begründen zu können, die er dem § 313 giebt. Sie wurde aber bereits oben als zu

[1]) Dernburg, das Bürg. Recht, Bd. II, S. 176 und S. 307. — Neumann, Handausgabe des Bürg. Ges., S. 161. — Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, S. 1090.

[2]) Martinius a. a. O.

[3]) Brettner in der Ztschr. „Das Recht". 1900. S. 319.

weitgehend bezeichnet. Bei der Aufhebung handelt es sich zwar, wie Staub[1]) zutreffend hervorhebt, um einen „Vertrag über ein Grundstück", aber nicht um einen „auf Übertragung des Eigentums gerichteten Vertrag". Demgemäss darf m. E. für den vor der Auflassung geschlossenen Aufhebungsvertrag die gerichtliche oder notarielle Beurkundung nicht gefordert werden.[2])

Wandelung.

Im Anschluss hieran mag die Formbedürftigkeit der Wandelung bei Grundstückskäufen einer näheren Erörterung unterzogen werden. Die Regelung, welche das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner endgiltigen Fassung der Wandelung gegeben hat, gab und giebt in Zukunft Anlass zu äusserst wichtigen und schwierigen Streitfragen, hauptsächlich hervorgerufen durch den § 465, inhaltlich dessen die Wandelung vollzogen ist, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Es stehen sich in der Auslegung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen, u. a. von Planck[3]), Flechtheim[4]) vertretenen Anschauung soll der Käufer lediglich den Anspruch haben, dass der Verkäufer mit ihm einen Wandelungsvertrag schliesse, und erst aus diesem Vertrage Rückgängigmachung des Kaufes als Erfüllung des geschlossenen oder durch rechtskräftiges Urteil zustandegekommenen Wandelungsvertrages verlangen können. Nach der anderen, m. E. zutreffenden Meinung, die namentlich von Eccius[5]),

[1]) Staub, Kommentar z. Handelsgesetzbuch, Bd. II, S. 1090.
[2]) Vergl. Brachvogel-Frydrychowicz S. 4. — Fischer-Henle. Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 164. — Fuchs, Grundbuchrecht, S. 66.
[3]) Planck, Kommentar zu § 467, Note 2b und h.
[4]) Flechtheim in Gruchot's Beiträgen, Bd. 44, S. 65 ff.
[5]) Eccius in Gruchot's Beiträgen, Bd. 43, S. 305.

Axhausen[1]), Matthiass[2]) vertreten wird, steht dem Käufer unmittelbar das Recht zu, Rückgängigmachung des Kaufes vom Verkäufer zu fordern und demgemäss auch sofort den Klageantrag darauf zu richten. Eine erschöpfende Erörterung der für den Verkehr überaus bedeutungsvollen und einschneidenden Streitfrage, insbesondere der gegen die Vertragstheorie sprechenden Momente würde über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgehen.[3]) Hier interessiert nur die Frage, ob die Vereinbarung der Parteien, wandeln zu wollen, gerichtlich oder notariell beurkundet werden muss Auch wenn unter Verwerfung der eben gedachten Vertragstheorie der Abschluss eines besonderen Wandelungsvertrages nicht gefordert werden darf, so ist es doch jedenfalls den Parteien unbenommen, freiwillig eine Vereinbarung zu treffen, die auf Wandelung gerichtet ist.

Eccius[4]) hält in diesem Falle die Wahrung der Form des § 313 für nötig, m. E. jedoch mit Unrecht. Zunächst ist ein Unterschied zu machen, ob die Wandelung vor der Auflassung des Grundstücks und der Eintragung des Erwerbers oder ob sie nach dem Eigentumsübergang vereinbart wird. In ersterem Falle liegen die Merkmale des § 313 B. G.-B's. keinesfalls vor. Im zweiten Falle übernimmt allerdings der Verkäufer die Verpflichtung, das Eigentum am Grundstück zu übertragen. Gleichwohl darf die Gültigkeit der Abmachung nicht von der Beobachtung einer Form abhängig gemacht werden; natürlich abgesehen von dem Falle, wo in Wirklichkeit nicht eine Wandelung vorgenommen wird, diese vielmehr nur simuliert

---

[1]) Axhausen, Jur. W.-Schr. 1900. S. 771.
[2]) Matthiass Lehrbuch, I. § 106.
[3]) Vergl. die eingehende Erörterung von Matthiass, in der D. Jur.-Ztg. 1902, S. 205 ff.
[4]) Eccius in Gruchot's Beiträgen. Bd. 43, S. 328.

wird, um einen neuen Kauf vom Käufer an den Verkäufer zu verdecken. Es ist davon auszugehen, dass der von den Beteiligten nach dem Eigentumsübergang freiwillig geschlossene Wandelungsvertrag äusserlich allerdings dem Grundstücksveräusserungsvertrage des § 313 ähnlich sieht, innerlich jedoch von ihm durchaus verschieden ist. Beim gewöhnlichen Grundstücksverkauf werden von beiden Teilen bisher nicht vorhandene Verpflichtungen aus freien Stücken begründet. Hier ist der vom Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 313 beabsichtigte Überlegungszwang angebracht. Die Veranlassung zu dem von den Beteiligten geschlossenen Wandelungsvertrag ist dagegen die dem Käufer durch das Gesetz verliehene Befugnis, die Wiederherstellung des Rechtszustandes vor dem Kauf zu fordern. Seine Willenserklärung stellt sich nicht als das Ergebnis einer neuen freien Entschliessung, sondern als Ausfluss eines ihm nach seiner Überzeugung gegen den Verkäufer zustehenden Rechts dar,[1]) welches dieser freiwillig, jedoch im Einklang mit der ihm gesetzlich obliegenden Verbindlichkeit, anerkannt hat. Für beide Teile entfällt somit die Notwendigkeit eines Überlegungszwanges, die gerade zur Festsetzung der Form in § 313 geführt hat. Diese Erwägung führt m. E. dazu, einen derartigen Wandelungsvertrag als formlos gültig anzuerkennen, auch wenn er nach dem Eigentumsübergang geschlossen wird.[2]) Insofern unterscheidet er sich von dem nach diesem Zeitpunkt zustandegekommenen Aufhebungsvertrage,

[1]) Eccius in Gruchot's Beiträgen. Bd. 43, S. 303.

[2]) Der Unterschied beider vom Standpunkt des wirtschaftlichen Verkehrs äussert sich auch darin, dass bei der auf Grund der Wandelung später stattfindenden Rückauflassung nach dem preussischen Stempelsteuergesetz der Auflassungsstempel nicht erhoben wird. Vergl. Heinitz, Kommentar, S. 769.

welcher der Form unterworfen ist, sobald das Eigentum auf den Käufer übergegangen ist. Bei ihm handelt es sich aber auch um eine regelmässig auf freier Entschliessung beruhende Veräusserung und Übernahme von Grundstücken.

Sämtliche Grundstücksveräusserungsverträge ohne Rücksicht auf die causa.

Ist nach den bisherigen Ausführungen wesentliche Voraussetzung des § 313, dass die Verpflichtung zur Übertragung des Grundstücks durch Vertrag übernommen wird, so macht es andererseits keinen Unterschied, welcher Art und welchen Inhalts im einzelnen Falle der Vertrag ist. Nicht nur Kaufverträge, sondern auch Tausch- und Schenkungsverträge bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, sofern sie auf Übereignung von Grundstücken gerichtet sind, mögen diese auch nur einen verhältnismässig geringen Teil des ganzen Vertragsgegenstandes ausmachen.[1])

Handelsgeschäfte.

Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn sich der Vertrag als Handelsgeschäft darstellt. In dieser Hinsicht besteht ein bemerkenswerter Unterschied zwischen dem alten und neuen Handelsgesetzbuche. Bei Auslegung des Art. 275 des alten Handelsgesetzbuches, der die Verträge über unbewegliche Sachen von dem Kreise der Handelsgeschäfte und dadurch auch von dem für sie nach Art. 317 geltenden Grundsatze der Formfreiheit ausschloss, wurde die Beobachtung der für Grundstücksveräusserungsverträge vorgeschriebenen Form von Litteratur[2]) und Praxis[3]) nur dann für erforderlich erachtet, falls die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an

---

[1]) E. d. O. L. G. Marienwerder bei Soergel, Rechtsprech. 1900/01. S. 49.

[2]) Staub, Kommentar z. H.-G.-B. 5. Aufl., S. 727. — Makower, Das allg. D. Handelsges., S. 355.

[3]) R. O. H. G. E. Bd. 11, S. 150. — Bd. 16, S. 307. — Bd. 23, S. 131. — R. G. in „Gruchot's Beiträgen". Bd. 28, S. 1034.

Grundstücken den Hauptgegenstand des Vertrages bildete. Für eine derartige Einschränkung fehlt es jetzt an der gesetzlichen Grundlage. Die Form der Rechtsgeschäfte richtet sich gemäss Art. 2 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuch, da dieses selbst keine allgemeinen Vorschriften darüber enthält, auch für das Gebiet der Handelsgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.[1]) Es gelten andererseits aber auch die in letzterem abweichend vom Prinzip der Formfreiheit getroffenen Formvorschriften, es sei denn, dass diese, wie bei der Bürgschaft, dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis in § 350, vom Handelsgesetzbuch für Handelsgeschäfte ausser Kraft gesetzt werden. Gerade § 350 beweist, dass auch Handelsgeschäfte an sich den Formvorschriften des B. G.-B's. unterworfen sind und nur durch eine ausdrückliche Vorschrift des Handelsgesetzbuches hiervon befreit werden können. Eine derartige Vorschrift ist jedoch für den hier in Rede stehenden Vertrag nicht gegeben. Scherer[2]) geht daher von einer jedenfalls für das neue Handelsgesetzbuch nicht zutreffenden Annahme aus, wenn er unter der Begründung, das Handelsgesetzbuch gewähre für Handelsgeschäfte Formfreiheit und enthalte demgemäss eine reichsgesetzliche Ausnahme von den Vorschriften des B. G.-B's., den mit der Veräusserung eines Handelsgeschäfts verbundenen Verkauf eines Grundstücks auch ohne Wahrung der Form für rechtswirksam erklärt. Gültig ist nur der formgerecht abgeschlossene Vertrag. Wird z. B. zugleich mit einem Handelsgeschäft ein als Lagerplatz dienendes Grundstück veräussert, so macht dieser Umstand die Beobachtung der Form erforderlich, mag auch

[1]) Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts, S. 131.
[2]) Recht der Schuldverhältnisse, S. 141.

das Grundstück im Vergleich zu den veräusserten beweglichen Sachen von geringem Werte sein. Auch deren Veräusserung ist infolge des Formmangels nichtig, es sei denn, dass der Vertrag insoweit gemäss § 139 B. G.-B's. aufrecht erhalten werden kann.

Gesellschaftsverträge, insbesondere nach Handelsrecht.

Formbedürftig sind auch die sonst formlos gültigen Gesellschaftsverträge, falls bei ihrem Abschlusse die Einbringung von Grundstücken versprochen wird. Es gilt dies sowohl für die Gesellschaften des Bürgerlichen Gesetzbuches, als auch für die des Handelsgesetzbuches, sofern nicht bereits schlechthin der Gründungsakt der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Für die Formvorschrift kommt hier jedoch nur das Illationsversprechen, nicht die durch Übergabe, Auflassung oder Abtretung sich vollziehende Illation selbst in Betracht. Bedarf hiernach das auf Einbringung von Grundstücken gerichtete Versprechen in allen Fällen der Form des § 313, so genügt andererseits formloser Abschluss auch nicht bei dem Vertrage, inhaltlich dessen die Gesellschafter bei der Auseinandersetzung sich verpflichten, das Eigentum an einem Gesellschaftsgrundstück auf einen Gesellschafter zu übertragen.[1]) Scheidet jedoch lediglich ein Gesellschafter unter Fortbestehen der Gesellschaft unter den übrigen aus, so wächst nach der positiven Vorschrift des § 738 B. G.-B's sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu, sodass für eine rechtsgeschäftliche Übertragung und die Anwendung der für sie bestimmten Formvorschrift des § 313 kein Raum ist.

Besonderer Erörterung bedarf die jetzt wie früher bestrittene Frage, ob der Vertrag, inhaltlich dessen

[1]) Goldmann-Lilienthal, das Bürgerliche Gesetzbuch, syst. dargestellt, Bd. I, S. 362. — Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht, S. 327.

die Gesellschafter ein ihnen als Miteigentümern gehörendes Grundstück in die Gesellschaft einzubringen versprechen, gerichtlich oder notariell beurkundet werden muss. Die Frage ist zu verneinen. Allerdings bildet sowohl bei den Gesellschaften des Bürgerlichen Gesetzbuches wie des Handelsgesetzbuches das Gesellschaftsvermögen ein den Gesellschaftszwecken unmittelbar dienendes Sondervermögen, das im Eigentum aller Gesellschafter zur gesamten Hand steht, so dass diese nur vereint darüber verfügen können. Träger des Vermögens sind jedoch nach wie vor die einzelnen Gesellschafter, wie bereits § 719 Abs. 1 B. G.-B's. erkennen lässt, welcher ausdrücklich von dem Anteil des einzelnen Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen und den dazu gehörigen Gegenständen spricht.[1]) Juristische Person ist auch nicht die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft. Die ihnen verliehenen besonderen Rechte sind nur dazu bestimmt, sie im Verkehr selbstständiger zu stellen. Ihr rechtlicher Charakter wird dadurch nicht geändert. Die von den bisherigen Miteigentümern gebildete Gesellschaft ist demgemäss kein von ihnen verschiedenes neues Rechtssubjekt. Ein Eigentumswechsel, wie ihn Staub,[2]) Oberneck,[3]) Achilles-Strecker[4]) annehmen, findet bei der Einbringung eines allen gemeinschaftlich gehörenden Grundstückes nicht statt. Vielmehr geben sie, wie das Reichsgericht[5])

[1]) Goldmann-Lilienthal, das Bürgerliche Gesetzbuch, syst. dargestellt nach der Legalordnung des Allgemeinen Landrechts. Bd. I, S. 464.

[2]) Staub, Kommentar zum H.-G.-B. Bd. I, S. 385.

[3]) Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht, S. 320.

[4]) Achilles-Strecker, die Grundbuchordnung. Bd. I. S. 39.

[5]) E. d. R. G. Bd. 30, S. 150. — R. G. in Gruchot's Beiträgen. Bd. 38, S. 1064.

unter Verneinung der Notwendigkeit einer Auflassung in solchen Fällen wiederholt ausgesprochen hat, ihren nach wie vor gemeinschaftlichen Rechten nur eine andere Gestaltung. Es braucht daher ebensowenig wie der Eigentumsübergang die Auflassung erfordert, in solchen Fällen der obligatorische Verpflichtungsakt gerichtlich oder notariell beurkundet zu werden. Das Gleiche gilt, wenn bei der Auflösung ausgemacht wird, dass die bisherigen Gesellschafter Miteigentümer des Gesellschaftsgrundstücks zu ideellen Teilen werden sollen. Der zum Thatbestand des § 313 erforderliche Eigentumswechsel tritt jedoch ein und die Formvorschrift greift Platz, wenn es sich um eine von den bisherigen Miteigentümern gegründete Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit z. B. um eine Kommanditgesellschaft auf Aktien handelt.

Rechtlich verschieden von den bisher besprochenen Fällen ist der Vertrag, durch den die bisherigen Miteigentümer behufs wirklicher Teilung des Grundstücks ihren ideellen Anteil an einem Trennstück auf denjenigen zu übertragen versprechen, der nach dem Teilungsplan Alleineigentümer werden soll. Hier tritt in der That ein Wechsel des Eigentums ein. Denn das Miteigentum am ganzen Grundstück ist thatsächlich wie rechtlich von dem Alleineigentum am Trennstück durchaus verschieden.

Bedingter Vertrag. Vorkauf.

Gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedarf nicht nur der unbedingte Grundstücksveräusserungsvertrag, sondern auch der unter einer Bedingung abgeschlossene. Denn dieser muss, um rechtswirksam zu sein, alle wesentlichen Erfordernisse des unbedingten Vertrages, somit auch die zur Gültigkeit erforderte Form aufweisen. Daher ist auch die vertragsmässige Begründung des Vorkaufsrechts an

einem Grundstück nach der in Litteratur[1]) und Praxis[2]) herrschenden Ansicht der Vorschrift des § 313 unterworfen. Denn hierbei übernimmt der Einräumende die Verpflichtung, das Eigentum auf den Vorkaufsberechtigten zu übertragen, falls er einen Kaufvertrag mit einem dritten abschliesst, und der Berechtigte von seiner Vorkaufsbefugnis Gebrauch macht.[3]) Auch wenn man mit der m. E. nicht zutreffenden Ansicht Planck's[4]) in der Vereinbarung nur einen auf Abschluss des späteren Kaufs gerichteten, den Einräumenden bindenden Vertragsantrag finden will, muss man aus später zu erörternden Gründen Wahrung der Form verlangen.

Wiederkauf. Auch die Einräumung des Wiederkaufsrechts unterliegt bei Grundstücken dem Formzwang. Behält sich der Verkäufer die Befugnis zum Wiederkauf sofort in dem Kaufvertrage vor, so bringt dessen Abschluss bereits die Beobachtung der Form mit sich. Aber auch für den in § 497 B. G.-B's. nicht besonders geregelten, jedoch rechtlich möglichen Fall[5]), dass nachträglich das Wiederkaufsrecht vereinbart wird, ist die Form als erforderlich anzusehen, da sich der Käufer hierdurch bedingungsweise dem Verkäufer gegenüber zur Rückübertragung des Eigentums am Grundstück verpflichtet. Gerade mit Rücksicht darauf, dass bereits durch die Notwendigkeit des formellen Abschlusses des Einräumungs-

[1]) Neumann, Handausgabe d. B. G.-B's., Bd. I, S. 161. — Scherer, R. d. Schuldv., S. 612. — Endemann, Einführung, Bd. I, S. 730. — Fischer-Henle, Bürg. Gesetzb., S. 244. — Goldmann-Lilienthal, d. B. G.-B., syst. dargestellt, Bd. I, S. 362.

[2]) E. d. Kammergerichts in „Rechtspr. d. O.-L's.-G.", Bd. III, S. 73. — E. d. O.-L.-G. Jena in „Seufert's Archiv", Bd. 56, S. 125.

[3]) Neumann, Handausgabe des Bürg. G.-B., Bd. I, S. 236.

[4]) Planck, Kommentar z. B. G.-B., Bd. II, S. 275. — Auch Planck verlangt die Form.

[5]) Planck, a. a. O. S. 271.

vertrages unüberlegten Grundstücksveräusserungen vorgebeugt sei, wurde von einer Formvorschrift für die Erklärung des Berechtigten, vor seiner Vorkaufs- oder Wiederkaufsbefugnis Gebrauch zu machen, bei der Beratung des Entwurfs Abstand genommen [1])

Vorvertrag.

Nicht nur der bedingte endgültige Veräusserungsvertrag ist an die Form gebunden, sondern auch bereits der Vorvertrag, durch den sich jemand zum Abschluss eines Vertrages der in § 313 gedachten Art verpflichtet. Der mit der Formvorschrift verfolgte Zweck, die Beteiligten vor leichtfertigem, unüberlegtem Vertragsabschluss zu bewahren, würde vereitelt werden, falls man auf Grund eines formlosen Vorvertrags den Abschluss eines formgerechten Vertrages und auf diese Weise mittelbar die Übertragung des Eigentums am Grundstück erzwingen könnte. Nur dann kann bei einem Vorvertrage von der für den endgiltigen Vertrag vorgeschriebenen Form abgesehen werden, wenn von der Beobachtung der Form, wie z. B. beim Wechsel, nur eine bestimmt geartete Rechtswirkung, nicht aber die Wirksamkeit des Geschäfts überhaupt abhängig gemacht ist.[2])

Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis.

Für das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, das die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zum Gegenstande hat, ergiebt sich die Notwendigkeit der Form aus der ausdrücklichen Vorschrift der §§ 780, 781 B. G.-B's.

Zustimmung Bestätigung, Vollmacht.

Dagegen hat das Gesetz die Zustimmung, Bestätigung und die Vollmachtserteilung in den §§ 182 Abs. 2, 144 Abs. 2 und 167 Abs. 2 von der für das

---

[1]) Protokolle, Bd. II, S. 98 ff.

[2]) Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 182. — Endemann, Einführung, Bd. I, S. 457, 458. — Stammler, R. d. Schuldv., S. 13. — Crone, System des Bürg. Rechts, Bd. I, S. 390.

Hauptgeschäft vorgeschriebenen Form befreit, offenbar aus dem Grunde, weil in diesen Fällen der Abschluss eines formell gültigen Vertrages vorausgesetzt wird. Für sie bedarf es auch bei Grundstücksveräusserungen nicht der öffentlichen Beurkundung.[1] [2])

Zeitliche Geltung.

Was die zeitliche Geltung der in § 313, Satz 1, gegebenen Formvorschrift betrifft, so sind alle nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches geschlossenen Grundstücksveräusserungsverträge der Form unterworfen.[3])

Unwesentlich ist, ob das Grundbuch für den Bezirk, dem das veräusserte Grundstück angehört, bereits angelegt ist Gemäss Art. 189 E.-G. z. B. G.-B. bleiben die bisherigen Vorschriften nur für den dinglichen Erwerb des Eigentums an Grundstücken bis zur Anlegung des Grundbuches in Kraft Auf den hier in Rede stehenden Vertrag bezieht sich Art. 189 überhaupt nicht. Auch sonst enthält das Einführungsgesetz keine Bestimmung, die den § 313 von dem sofortigen Geltungsbeginn ausschlösse.

---

3. Abschnitt. Die Form.

Allgemeine Erfordernisse.

Die in § 313, Satz 1, verlangte gerichtliche oder notarielle Beurkundung zeichnet sich dadurch vor den übrigen im Bürgerlichen Gesetzbuch vorgeschriebenen Formen aus, dass die Willenserklärung

[1]) Dernburg, das Bürgerliche Recht, Bd. II, S. 176. — Kaufmann, Kommentar und Institutionen, Bd. II, S. 144. — Staub. Kommentar z. H.-G.-B., Bd. II, S. 1088.

[2]) Bildet die Vollmacht nur einen wesentlichen Bestandteil eines Grundstücksveräusserungsgeschäfts oder ist dieses in die Form der Vollmachtserteilung gekleidet, so ist die Form zu wahren. — E. d. O.-L.-G. Königsberg vom 22. Mai 1901. (R. d. O.-L.G., Jahrg. 1901, S. 463.)

[3]) Scherer, in der Ztschr. „Das Recht". 1901. S. 201. — Brachvogel & Frydrychowicz, S. 3 — Habicht, die Einwirkung des Bürg. Gesetzb., S. 454.

vor einem Richter oder Notar abgegeben und von diesen zu Protokoll genommen wird. Beim Vertrage müssen die Erklärungen beider Teile in dieser Weise beurkundet werden. Insofern besteht also ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Vertrage des § 313 und dem Schenkungsvertrage, zu dessen Giltigkeit im allgemeinen nach § 518 Beurkundung des Versprechens ausreicht. Liegen bei der Schenkung gleichzeitig die Voraussetzungen des § 313 vor, so ist allerdings auch die Annahmeerklärung formgerecht zu beurkunden. Gleichzeitige Anwesenheit beider Teile oder ihrer Vertreter, wie sie in § 925 für die Auflassung verlangt wird, ist für den obligatorischen Vertrag nicht vorgeschrieben. Vielmehr wird in § 128 B. G.-B's., um eine unnötige Erschwerung des Verkehrs zu vermeiden, den Beteiligten sogar gestattet, zunächst den Antrag, dann dessen Annahme von demselben oder auch von einem anderen Gericht oder Notar beurkunden zu lassen. Einer Beurkundung des Empfangs der Offerte bedarf es nicht. Auch brauchen die Erklärungen nicht, wie bei einem schriftlich abgeschlossenen Vertrage (§ 126 B. G.-B's), in derselben Urkunde niedergelegt zu werden.

Ausnahmen.

Der § 313 lässt den Parteien die Wahl zwischen gerichtlicher und notarieller Beurkundung. Auf Grund des Art. 141 E.-G. z. B. G.-B. können jedoch die Landesgesetze nur die Gerichte oder nur die Notare für zuständig erklären,[1]) Verträge zu beurkunden. Andererseits erhält Art. 142 d. E.-G. z. B. G.-B. die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, wonach zur Beurkundung des in § 313 bezeichneten Vertrages über ein im Gebiet des betreffenden Bundes-

[1]) Preussen hat von diesem Vorbehalt keinen Gebrauch gemacht. Dagegen Bayern (Ausf.-Ges. Art. 167 I). Baden (Ges. v. 17. 6. 1899. §§ 34 ff): Nur Notare.

staats liegendes Grundstück auch andere Behörden oder Beamten zuständig sind. Es bleiben demgemäss einmal die bisherigen Vorschriften der Landesgesetze auf diesem Gebiete in Kraft,[1]) zum anderen sind auch auf Grund des Art. 218 E.-G. z. B. G.-B. die Landesgesetzgebungen zum Erlass neuer Bestimmungen innerhalb der in Art. 142 gezogenen Grenzen befugt.[2]) Auf den dem Partikularrecht in vollem Umfange überlassenen Gebieten ist sogar eine noch grössere Formerleichterung seitens der Landesgesetzgebung möglich.[3]) Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass ausser den durch Landesgesetz für zuständig erklärten Behörden und Beamten auch noch auf Grund der durch Art. 32 des E.-G. z. B. G.-B. aufrecht erhaltenen Reichsgesetze zur Beurkundung in gewissen Fällen berufen sind: die Reichskonsuln nach

[1]) Für Preussen kommen gemäss Art. 32 Abs. 1 d. Ges. über d. freiw. Gbkt. in Betracht:

1. die Auditeure, j. Kriegsgerichtsräte, Oberkriegsgerichtsräte.
2. die Regierungskommissare im Enteignungsverfahren.
3. der Kommissar bei Teilung und Ablösung nach dem rheinischen Gesetz v. 15. 5. 1851.
4. die Kommissare der Auseinandersetzungsbehörden.
5. der vom Amtsgericht mit der freiwilligen Grundstücksversteigerung beauftragte Gerichtsschreiber.
6. Gemeindebeamte gemäss Art. 111 des Ges. üb. d. freiw. Gerichtsbarkeit bei Grundstücksversteigerungen.

[2]) So hat Preussen in Art. 12 d. A.-G. z. B. G.-B. bestimmt, dass 1. bei einem Vertrage, der auf einer Seite von einer öffentlichen Behörde abgeschlossen wird, ein von ihrem Vorstande oder vorgesetzten Behörde bestimmter Beamter für die Beurkundung zuständig ist. 2. In Nassau der Bürgermeister für Kauf- und Tauschverträge über Grundstücke seines Amtsbezirks im Werte von unter 500 M., sofern sich am Amtssitz des Bürgermeisters kein Amtsgericht befindet.

[3]) Auf dem gemäss Art. 62, 103 E.-G. z. B. G.-B. reichsgesetzlich nicht geregelten Gebiet der Rentengüter und der Enteignung hat z. B. Preussen für den Rentengutsvertrag über ein Grundstück, das durch die Ansiedelungskommission gegründet oder vom Staate ausgegeben wird, sowie für die bei drohender Enteignung freiwillig vereinbarte Grundabtretung die einfache Schriftform für ausreichend erklärt (Art. 12. A.-G. z. B. G.-B.).

§§ 16, 17 des Gesetzes vom 8. November 1867, sowie die Geschwaderauditeure unter den in § 184 des R.-G. über die Ang. der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmten Voraussetzungen.

Da die Gültigkeit des Vertrages von der Wahrung gerichtlicher oder notarieller Beurkundung abhängig gemacht ist, der unter den soeben erwähnten Bedingungen die reichs- oder landesgesetzlich zugelassenen sonstigen Beurkundungsformen völlig gleichgestellt sind, so erhellt, dass der ganze Inhalt der Abmachungen formgerecht beurkundet werden muss. Der beurkundete Vertrag muss also zunächst alle wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts enthalten, er muss andererseits aber auch alle von den Parteien sonst getroffenen Vereinbarungen vollständig und richtig zum Ausdruck bringen. Entspricht der formelle Vertrag nicht den Vereinbarungen der Parteien, so hat der Mangel eine verschiedene Wirkung, je nachdem es sich um ein essentiale oder naturale des Geschäfts handelt. Im ersteren Falle z. B. bei unterlassener oder unrichtiger Angabe des Kaufpreises, ist der Vertrag wegen des Fehlens eines wesentlichen Erfordernisses der Gültigkeit nichtig.[1]) Ist über ein naturale eine besondere Vereinbarung getroffen, die jedoch in der Urkunde nicht zum Ausdruck gebracht ist, so gilt das naturale, geradeso wie wenn über diesen Punkt eine Parteivereinbarung überhaupt nicht stattgefunden hätte. Es wird in derartigen Fällen das accidentale durch das naturale ersetzt. Massgebend für die den Vertragschliessenden entstehenden Rechte und Pflichten ist, hiervon abgesehen, nur der formgerecht aufgenommene Ver-

[1]) Oertmann, d. R. d. Schuldv., S. 62.

tragsinhalt.[1]) Auf Verabredungen, die formlos neben oder nach dem formellen Vertrage geschlossen sein sollen, kann sich kein Beteiligter berufen, es sei denn, dass sich die Vereinbarung als Erlassvertrag oder als ein auch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch mögliches,[2]) wenn auch nicht besonders erwähntes pactum de non petendo darstellt, zu deren Rechtswirksamkeit das Gesetz keine Form verlangt.[3])

Vertragsantrag.

Da das Gesetz erst im Augenblick der formgerechten Beurkundung eine Bindung der Vertragschliessenden eintreten lässt, so folgt aus dem ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers mit Notwendigkeit, dass nur ein dergestalt beurkundeter Vertragsantrag bindet. Es ergiebt sich dies auch deutlich aus dem erwähnten § 128 B. G.-B's., der nicht nur für die Annahme des Antrages, sondern auch für diesen selbst Wahrung der Form verlangt. Überdies würde auch sonst der ganze Zweck der Formvorschrift in Frage gestellt.[4])

„An die Hand geben."

Ein derartiger Vertragsantrag liegt auch regelmässig vor, wenn der Eigentümer sein Grundstück bis zu einem bestimmten Zeitpunkt jemandem an die Hand giebt. Ein fester juristischer Begriff lässt sich mit diesem im Verkehr häufig vorkommenden Geschäft nicht verbinden. Mit dem Antrage, dem anderen, sofern er innerhalb der Frist eine zusagende Erklärung abgiebt, das Grundstück zu Eigentum zu übertragen, ist meistens noch eine Vollmacht zum Abschluss eines Kaufvertrages mit einem Dritten

[1]) Cosack, Lehrb. d. D. Bürgl. R., S. 181.
[2]) Motive, Bd. II., S. 115.
[3]) Oertmann, R. d. Schuldv., S. 62. — Kaufmann, Kommentar und Institutionen, S. 144.
[4]) Kaufmann, Kommentar und Institutionen d. B. G.-B., Bd. II, S. 144. — Dernburg, d. Bürg. R., Bd. II, S. 176. — Staub, Kommentar z. H.-G-B., Bd. II, S. 1088.

verbunden. Die Vollmacht allein würde formlos gültig sein. Dagegen macht der mit ihr verknüpfte Vertragsantrag Beobachtung der in § 313 vorgeschriebenen Form notwendig.[1])

Folgen der Nichtbeachtung der Formvorschrift.

Nach dem in § 125 B. G.-B's. aufgestellten Grundsatze ist der ohne Wahrung der vorgeschriebenen Form geschlossene Vertrag nichtig. Es können keinerlei Ansprüche aus ihm hergeleitet werden. Insbesondere kann nicht aus einem solchen Vertrage auf Auflassung des Grundstücks oder auf Abschluss eines formgerechten Vertrages geklagt werden. Ein für den Fall der Nichterfüllung jener formlos übernommenen Verpflichtungen gegebenes Strafversprechen ist gemäss § 344 B. G.-B's. unwirksam und kann somit nicht dazu benutzt werden, einen Zwang zur Erfüllung des formlosen Vertrages auf die Gegenpartei auszuüben.[2]) Wird jedoch bei der Festsetzung der Vertragsstrafe die gerichtliche oder notarielle Beurkundung gewahrt, so kann unter Umständen eine Bestätigung des Kaufvertrages darin gefunden werden, durch welche dieser in vollem Umfange wirksam wird.[3])

Strafversprechen.

Einreichung des privatschriftlichen Kaufvertrages beim Grundbuchamt.

Die Formvorschrift des § 313 wird auch nicht dadurch ersetzt, dass die Parteien den privatschriftlichen Kaufvertrag beim Grundbuchamt einreichen. In einer Entscheidung des Landgerichts Schneidemühl vom 26. Oktober 1900[4]) wird der privatschriftliche Vertrag unter dieser Voraussetzung für genügend erachtet, um ein Klagerecht auf Übertragung des

---

[1]) Kaufmann, Kommentar und Institutionen, II, S. 144.
[2]) Cosack, Lehrb d. D. Bürg. R., Bd I, S. 328. — Planck, Kommentar, Bd II, S. 124. — Oertmann, R. d. Schuldv., S. 87. — Fischer-Henle, Handausg. d. B. G.-B., S. 178.
[3]) Planck, Kommentar, Bd. II, S. 124.
[4]) Jur. Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreussen, Jahrg. 1900, S. 163.

Eigentums am Grundstück zu begründen. Gestützt wird die Ansicht auf den Abs. 2 des § 873 B. G.-B's., wonach die Einreichung der Erklärungen beim Grundbuchamt die Beteiligten binde und zur Auflassung oder deren Entgegennahme verpflichte. Bei dieser Begründung wird ausser acht gelassen, dass für den Erwerb des Eigentums die besondere Vorschrift des § 925 B. G.-B's. massgebend ist, durch welche die sich auf die dinglichen Rechte allgemein beziehenden Vorschriften des § 873 Abs. 2 ausser Kraft gesetzt sind, so dass von der Anwendung dieser Vorschriften auf den Grundstücksübereignungsvertrag nicht die Rede sein kann.[1])

Prozessvergleich über Grundstücksveräusserung.

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass durch die Vorschrift des § 313 und die sonstigen Bestimmungen über die Form der Beurkundung nur die ausserhalb des Prozesses zustandegekommene Vereinbarung getroffen wird, nicht aber etwa ein von den Parteien zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossener Vergleich, wonach der eine Teil die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück übernimmt.[2]) Die Frage, ob der Vergleich in formeller Beziehung gültig ist, entscheidet sich lediglich nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung. Er begründet einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung, wenn er diesen Bestimmungen entspricht. Es würde ungerechtfertigt sein, wollte man ausserdem noch gerichtliche oder notarielle Beurkundung zur Rechtswirksamkeit des mit dem Vergleich abgeschlossenen Vertrages fordern. Überdies

[1]) Vergl. Samulon in der Jur. Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreussen, 1900, S. 192. — Fuchs, Grundbuchrecht, S. 61. — und in der Jur. Wochenschr., 1901, S. 747. — Consbruch in der D. Jur.-Ztg., 1900, S. 431.

[2]) E. d Oberlandesgerichts Stuttgart in „Rechtspr. der Ob.-L.-G.", II. Jahrg., S. 51.

ist auch durch die prozessualen Formvorschriften mindestens die gleiche Garantie für einen wohlüberlegten Entschluss begründet, wie durch die Bestimmungen des § 313 und des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

II. Teil. Die Heilung des Formmangels.

I. Abschnitt. Grund und rechtlicher Charakter der Vorschrift des Satzes 2 in § 313.

Wir sahen, dass der formlos abgeschlossene Grundstücksveräusserungsvertrag nach § 125 B. G.-B's. nichtig ist. Andererseits wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Erwerb des Eigentums selbständig und unabhängig von der Rechtsgültigkeit des obligatorischen Vertrages erfolgt. Geht aber auch das Eigentum ohne Rücksicht auf die causa durch die auf Grund der Auflassung bewirkte Eintragung auf den Erwerber über, so äussert sich doch andererseits die Ungiltigkeit der causa obligatorisch zwischen den Beteiligten, insofern der frühere Eigentümer von dem rechtlos Bereicherten die Herausgabe des Grundstücks nach den Vorschriften der §§ 812 ff B. G.-B's. beanspruchen kann. Daher würde, falls auf Grund eines formlosen Vertrages die Auflassung und Eintragung erfolgt, der Veräusserer wegen der des rechtlichen Grundes entbehrenden Vermögensverschiebung jenen persönlichen Rückforderungsanspruch noch 30 Jahre lang haben. Es erschien ungerechtfertigt und der Verkehrsauffassung widersprechend, trotz der vollgültigen unter Mitwirkung des Grund-

buchrichters vorgenommenen Auflassung dem Veräusserer das Recht zu belassen, lediglich unter Berufung auf die mangelnde Form des im übrigen gültigen Veräusserungsvertrages die eingetretene Rechtsänderung wieder aufzuheben. War das Bedürfnis für die gerichtliche oder notarielle Beurkundung allseitig anerkannt worden, so wurden gegen die Einschränkung der Formvorschrift von verschiedenen Seiten Bedenken geltend gemacht.[1]) Es lässt sich allerdings nicht leugnen, dass der mit der Formvorschrift verfolgte Zweck hierdurch teilweise geradezu vereitelt wird.[2]) [3]) Dazu kommt, dass die Vorschrift der praktischen Anwendung und der juristischen Konstruktion nicht geringe Schwierigkeiten bietet.[4]) Doch war die Aufnahme der in Satz 2 ausgesprochenen Einschränkung der Formvorschrift zur Vermeidung einer Überspannung des Formzwanges, der bei klaren, einfachen Rechtsverhältnissen und bei Grundstücken von geringerem Wert zu einer lästigen Fessel für den Verkehr werden kann, dringend geboten.

Man konnte sich hierzu umsoeher entschliessen, als bereits das preussische Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872 in § 10 eine ähnliche Bestimmung kannte:

> „Die Anfechtung ist auch auf Grund des Rechtsgeschäfts, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgt ist, statthaft, jedoch wird die mangelnde Form dieses Geschäfts durch die Auflassung geheilt."

[1]) Protokolle, Bd. I. S. 458 ff.
[2]) Meisner, R. d. Schuldverhältnisse, S. 41.
[3]) Ein im Anschluss an eine Petition des deutschen Notariatsvereins gestellter Antrag, den Abs. 2 zu streichen, wurde in der Reichstagskommission mit groser Mehrheit abgelehnt. Vergl. Bericht der Reichstagskommission. S. 37.
[4]) Hachenburg, Gutachten a. d Anwaltstande, S 37.

Diese in ihrer Fassung klare Bestimmung, die sich praktisch bewährt hatte, diente der Vorschrift des § 313 Satz 2 als Vorbild. Bei der nachfolgenden Erörterung ihrer Bedeutung und Tragweite wird daher jenes Vorbild oft herangezogen werden können.

Zunächst jedoch noch einige Worte über den Charakter der Vorschrift. Den Grund für den Ausschluss des regelmässig entstehenden Kondiktionsanspruchs bildet die freiwillige Erfüllung der im formlosen Vertrage übernommenen Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Grundstück, die „dingliche That", wie Brettner das Verhältnis treffend bezeichnet.[1]) Man hat die Auflassung nicht etwa, wie Planck[2]) annimmt, als Bestätigung des formlosen Vertrages aufzufassen. Dem steht entgegen, dass die Bestätigung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich alle formellen und materiellen Mängel des nichtigen Geschäfts heilt, während hier die Heilung auf den Mangel der Form beschränkt ist. Würde in der Auflassung eine Bestätigung zu finden sein, so müsste man auch der Auflassung des kleinsten Teils der veräusserten Grundfläche die heilende Wirkung beimessen. Bereits der Wortlaut des § 313 ergiebt jedoch, dass sich Auflassung und Eintragung auf das ganze den Gegenstand des obligatorischen Vertrages bildende Grundstück zu erstrecken hat, um die aus dem Formmangel entstehende Nichtigkeit zu beseitigen. Hiernach ist Planck's Auffassung nicht gerechtfertigt. Der Grundgedanke ist derselbe wie in § 10 des preussischen Gesetzes vom 5. Mai 1872, der ihn deutlicher und schärfer zum Ausdruck bringt:

Die Erfüllung ersetzt die mangelnde Form des Vertrages.

[1]) Brettner in der Ztschr. „Das Recht", 1901, S. 488.
[2]) Planck, Kommentar z. B. G.-B., Bd. II, S. 85.

Von zwei Voraussetzungen macht das Gesetz den Eintritt der Heilung abhängig. Erforderlich ist zunächst die Auflassung des Grundstücks, sodann die Eintragung im Grundbuch. Das Bürgerliche Gesetzbuch weicht in der Hervorhebung beider Erfordernisse mit Absicht von der Fassung des § 10 des preuss. Eig.-Erwerbs-Gesetzes ab. Dieses liess die Heilung des Formmangels bereits infolge der Auflassung seinem Wortlaut nach eintreten, setzte jedoch stillschweigend voraus, dass sich die Eintragung unmittelbar an die Auflassung anschliesse und mit ihr einen einheitlichen Akt bilde. In § 313 wird ausdrücklich neben der Auflassung die Eintragung gefordert, was nicht nur behufs Vermeidung etwaiger Zweifel über die Notwendigkeit der Eintragung, sondern auch um deswillen geboten war, weil die Auflassung auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften gemäss Art. 143 E.-G. z. B. G.-B. ausser vor dem Grundbuchamte auch vor einer anderen Behörde oder einem anderen Beamten erklärt werden kann, wodurch der unmittelbare Zusammenhang zwischen ihr und der Eintragung aufgehoben wird. Der Wortlaut des § 313 Satz 2 B. G.-B's. ergiebt somit, dass Auflassung und Eintragung gleich wesentlich sind. Nur vereint bewirken sie die Heilung des Formmangels.

Auflassung.

Was zunächst die Auflassung betrifft, so kann nur eine formell und materiell rechtswirksame Auflassung in Betracht kommen. Leidet sie selbst an einem wesentlichen Formmangel, so ist auch die Eintragung ohne Wirkung. Die letztere vermag die fehlende Form der Auflassung nicht zu ersetzen. Nichtbeachtung blosser Ordnungsvorschriften macht die Auflassung jedoch nicht ungültig. Zu diesen

gehört auch eine etwa auf Grund des § 98 der Grundbuchordnung landesgesetzlich getroffene Bestimmung, dass vor der Auflassung die nach § 313 erforderliche Urkunde vorzulegen sei. Hat der Grundbuchrichter die Auflassung ohne Vorlegung der Urkunde entgegengenommen, so kann aus diesem Umstande die Ungültigkeit der Auflassung nicht hergeleitet werden.[1])

Neben den allgemeinen Erfordernissen der Gültigkeit ist sodann Voraussetzung der Heilung, dass die Auflassung von den Parteien auf Grund des Veräusserungsvertrages zu dessen Erfüllung vollzogen wird. Das Grundstück muss demgemäss der Regel nach an den im obligatorischen Veräusserungsvertrage bezeichneten Erwerber aufgelassen werden. Allerdings braucht dieser die Auflassungserklärung nicht in eigener Person entgegenzunehmen, sondern kann sich durch einen Dritten vertreten lassen, der die Eintragung seines Vollmachtgebers beantragt. Nimmt er jedoch die Auflassung für sich entgegen und lässt das Grundstück auf seinen Namen eintragen, so wird der formlos abgeschlossene Vertrag dadurch nicht gültig werden können.[2]) Dagegen ist dem Erfordernis der Auflassung an den Erwerber genügt, wenn das vor der Auflassung mehrmals hintereinander veräusserte Grundstück im Einverständnis aller Beteiligten unmittelbar vom ersten Veräusserer auf den letzten Erwerber aufgelassen wird.[3]) Im Augenblick der Eintragung des letzteren werden hier alle einzelnen Veräusserungsverträge im Verhältnis der jedesmaligen Vertragschliessenden zu einander wirksam.

---

[1]) Vergleiche Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. I, S. 319.

[2]) E. d. R.-G. in „Gruchot's Beiträgen", Bd. 27, S. 1029.

[3]) E. d. R.-G., Bd. 16, S. 267. — Bd. 31, S. 230.

Auf der anderen Seite muss sich das Objekt der Auflassung mit dem des obligatorischen Vertrages decken.[1]) Es reicht nicht aus, dass ein Teil des veräusserten Grundstücks oder von mehreren in einem einheitlichen Kaufvertrage veräusserten Grundstücken eins derselben aufgelassen wird. Die gegenteilige Ansicht Dernburg's[2]) findet im Gesetz keine Stütze Sie würde nur dann zutreffen, wenn man in der Auflassung eine Bestätigung des obligatorischen Vertrages zu erblicken hätte. In Übereinstimmung mit den auf Grund des § 10 des preussischen Gesetzes vom 5. Mai 1872 ergangenen Entscheidungen des vormaligen Preussischen Obertribunals[3]) und des Reichsgerichts[4]) wird man auch für das jetzige Recht anzunehmen haben, dass durch eine Teilauflassung der formlos abgeschlossene Vertrag nicht gültig wird, auch nicht, soweit er sich auf das aufgelassene Grundstück bezieht.[5]) Denn die Gültigkeit tritt erst dann ein, wenn das ganze Grundstück, oder bei einer aus mehreren Parzellen bestehenden Grundfläche die Gesamtfläche entsprechend dem obligatorischen Vertrage aufgelassen und auf den Namen des Eigentümers eingetragen wird. Die Auflassung eines anderen Grundstückes kann dieses Erfordernis nicht ersetzen und die heilende Wirkung ist auch dann ausgeschlossen, falls sich diese Auflassung als die

[1]) Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, S. 292. — Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundrecht, S. 23. — U. d. O.-L.-G. Stettin in „Rechtspr. der Oberlandesgerichte", Bd. III, S. 93

[2]) Dernburg, Bürg. Recht, Bd. II, S. 176.

[3]) E. O. Fr., Bd. 82, S. 177.

[4]) R.-G., Bd. 16, S. 268. — R.-G in „Gruchot's Beiträgen", Bd. 29, S. 388.

[5]) Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. I, S. 324. — Brettner in der Ztschr. „Das Recht", 1901, S. 488. — Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, S. 292. — Boehm, das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. S 23. — Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürg. Gesetzb. Bd. II, S. 144.

in einem Tauschvertrage versprochene Gegenleistung für die Übertragung eines anderen Grundstücks darstellt. Entgegen der Ansicht Dernburg's,[1]) der beim formlos abgeschlossenen Grundstückstausch die Auflassung eines der getauschten Grundstücke für geeignet hält, den Tauschvertrag rechtswirksam zu machen, ist daran festzuhalten, dass nur der Auflassung des ganzen Vertragsobjektes, also auch des anderen in Tausch gegebenen Grundstückes, die heilende Wirkung beigemessen werden darf.[2])

Zur gültigen Auflassung muss schliesslich die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch treten. Die Heilung des Formmangels tritt nicht ein, falls aus irgend einem Grunde ein anderes Grundstück, als das veräusserte und aufgelassene auf den Namen des Käufers umgeschrieben oder ein Dritter als Eigentümer des Grundstücks eingetragen wird. Auch hier ist Identität des Gegenstandes der Eintragung mit dem des Vertrages und der Auflassung erforderlich. In den vorgenannten Fällen einer unrichtigen Eintragung wird übrigens eine alsbald zu beantragende Berichtigung des Grundbuches das Hinderniss beseitigen können.

Eintragung.

Es fragt sich, ob der Formmangel des obligatorischen Vertrages auch geheilt werden kann, falls nach dem 1. Januar 1900 ohne Wahrung der gerichtlichen oder notariellen Form ein Grundstück in einem Bezirk veräussert ist, in welchem das Grundstück noch nicht angelegt ist. Da sich § 313 Abs. 1 auch auf diesen Fall erstreckt, wie oben gezeigt wurde, so macht der Formmangel den Vertrag nichtig. Andererseits ist aber auch eine dingliche Übertragung nach den Vorschriften des Bürgerlichen

Rechtszustand vor Anlegung des Grundbuches.

[1]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. II, § 90, Nr. 8.
[2]) Schollmeyer, R. d. Schuldv., S. 168. — Enneccerus-Lehmann, Das Bürg. Recht, Bd. I, S. 436.

Gesetzbuches, die gemäss § 313 Satz 2 Bedingung der Heilung ist, mit Rücksicht auf Art. 189 E.-G. z. B. G.-B. nicht möglich. Bereits die ungleich schwereren Folgen, die demgemäss für die Veräusserung solcher Grundstücke die Nichtbeachtung der Form nach sich ziehen würde, legen die Prüfung der Frage nahe, ob hier nicht eine sich in analoger Weise vollziehende Heilung des Formmangels anzunehmen ist. Hachenburg[1]) erklärt mit der Begründung, dass im § 313 unter Auflassung und Eintragung, ähnlich wie bei der Schenkung und Bürgschaft, schlechthin die Erfüllung zu verstehen sei, die thatsächliche Übertragung des Eigentums in einer dem bisherigen Recht entsprechenden Form für ausreichend. Es ist jedoch m. E nicht angängig, der Auflassung und Eintragung jede Art der Eigentumsübertragung des bisherigen Rechts, z. B. die einfache Übergabe gleichzustellen. Gerechtfertigt ist die Gleichstellung auch dann nicht, wenn auf Grund der den Eigentumsübergang herbeiführenden Tradition eine lediglich deklaratorisch wirkende Umschreibung in einem öffentlichen Buche erfolgt. Mit Recht hat daher das Oberlandesgericht Frankfurt in seiner Entscheidung vom 29. Mai 1900 der Eintragung in das dort geführte Transskriptionsbuch die heilende Wirkung abgesprochen.[2]) Wird jedoch nach dem bisherigen Recht der Eigentumsübergang durch eine Ab- und Zuschreibung in einem öffentlichen, dem Grundbuche entsprechenden Buche herbeigeführt, so wird man unbedenklich dieser Umschreibung die in § 313 Satz 2 vorgesehene Heilung gleichfalls beimessen können.[3])

[1]) Hachenburg, Verträge, S. 93.
[2]) Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, 1. Jahrg., S. 111.
[3]) Habicht, Einwirkung pp., S. 454 ff.

3. Abschnitt. Die Wirkungen der Heilung.

a) Umfang.

Welche Wirkung hat die Auflassung des veräusserten Grundstücks und die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch? § 313 beantwortet die Frage dahin, dass ein ohne Beobachtung der Form geschlossener Vertrag „seinem ganzen Inhalte nach gültig werde."

Nur der Mangel der Form.

Zunächst leuchtet ein, dass nur der Mangel der Form geheilt wird. Andere dem Causalgeschäft anhaftende Mängel, welche dessen Unwirksamkeit nach sich ziehen, wie z. B. Irrtum, Betrug, Zwang, werden dadurch nicht beseitigt.[1]) Desgleichen wird auch der Mangel der zur Gültigkeit des Vertrages erforderlichen Genehmigung eines Dritten oder einer Behörde, wie z. B. des Vormundschaftsgerichts nicht geheilt, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass die zur Auflassung erteilte Genehmigung regelmässig auch die Genehmigung des ihr zu Grunde liegenden Vertrages in sich schliessen wird.

Der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach.

Andererseits wird, sofern der Vertrag nicht vorschriftsmässig beurkundet ist, der Formmangel durch die Auflassung und Eintragung in vollem Umfange geheilt, mag die Veräusserung mündlich oder schriftlich, oder teilweise in dieser, teilweise in jener Form vereinbart sein. Schwieriger ist die Entscheidung der Frage, falls neben dem formgerecht beurkundeten Vertrage formlos getroffene Nebenabreden in Frage kommen. Diesen Fall trifft § 313 Satz 2 seinem Wortlaut nach zwar nicht, denn hier liegt in der That ein unter Beobachtung der Form

---

[1]) Matthiass, Lehrb. d. Bürg. Rechts, Bd. I, S. 347. — Raeder, d. materielle Grundbuchrecht pp., S. 33 — Planck, Kommentar, Bd. II, S. 85. — Oertmann, R. d. Schuldv., S. 62.

abgeschlossener Vertrag vor. Jedoch muss nach dem ausgesprochenen Zweck der Vorschrift, das Rechtsverhältnis, sowie es zur Zeit der Auflassung vereinbart ist, in vollem Umfange zur Geltung zu bringen, die heilende Wirkung auch hinsichtlich dieser Nebenabreden anerkannt werden.[1]) Das Gleiche wurde auch bereits für das bisherige preussische Recht auf Grund des § 10 des Eigentums-Erwerbs-Gesetzes von der herrschenden Ansicht mit Recht angenommen.[2]) Allerdings hat diejenige Partei, die sich nach der Auflassung auf solche formlos getroffenen Abreden beruft, zu beweisen, dass sie thatsächlich von den Parteien getroffen sind und, falls sie mit dem Inhalt des beurkundeten Vertrages im Widerspruch stehen, weiter noch nachzuweisen, dass die Parteien den Inhalt der späteren formlos zustande gekommenen Nebenabreden anstatt des Inhalts des formellen Vertrages aufrecht zu halten gewillt waren. Denn es spricht die Vermutung dafür, dass der formgerecht beurkundete Vertrag den gesamten Willen der Parteien richtig und vollständig wiedergiebt.

Unter der Voraussetzung dieses Nachweises werden alle Vereinbarungen über die Veräusserung des aufgelassenen Grundstücks, welche vor der Auflassung getroffen sind, wirksam, während die in den Zeitraum von der Auflassung bis zur Eintragung fallenden Abmachungen der Heilung nicht fähig sind.

Gültig und klagbar wird bei Vereinbarung vor der Auflassung zunächst der Anspruch auf die Gegenleistung, die der Erwerber versprochen hat. Umge-

[1]) Goldmann-Lilienthal, d. Bürg. Gesetzb., syst. dargestellt, Bd. I, S. 365. — Schollmeyer, R. d. Schuldv., S. 108. — Bruck, die Einigung, S. 23.

[2]) E. d. Obertribunals, Bd. 81, S. 9. — Striethorst's Archiv, Bd. 99, S. 317. — Reichsgericht, E. Bd. II, S. 295. — A. M. Eccius, Bd. II, S. 472, Anm. 86.

kehrt kann dieser auch Erfüllung der sonstigen im Vertrage vom Veräusserer übernommenen Verpflichtungen beanspruchen.[1]) Rechtswirksam wird ein zur Sicherung der Vertragserfüllung gegebenes Strafversprechen.[2]) Die den Formfehler heilende Kraft kommt auch der im formlosen Veräusserungsvertrage enthaltenen Vereinbarung zu gute, dass der Erwerber unter einer bestimmten Bedingung zur Rückauflassung des an ihn verkauften und aufgelassenen Grundstücks verpflichtet sein solle.[3]) Ebenso kann ein im formlosen Kaufvertrage vorbehaltenes Wiederkaufsrecht nach der Auflassung des Grundstücks geltend gemacht werden. Ist im Vertrage eine Leistung an einen Dritten versprochen, so kann der andere Teil nach der Auflassung und Eintragung die Erfüllung des Versprechens fordern und der Dritte das Versprechen der für ihn bestimmten Leistung rechtswirksam annehmen.

In einem Falle wird sogar trotz des Abschlusses eines formgerecht beurkundeten Vertrages eine andere, an ihre Stelle tretende Vereinbarung infolge der Auflassung und Eintragung gültig. Ist nämlich der erstere simuliert, so ist er, als nicht gewollt, nichtig. Die thatsächlich getroffene, formlose Vereinbarung wird aber infolge die Beseitigung des Formmangels durch die spätere Auflassung und Eintragung wirksam. Eine ähnliche Wirkung hat die Auflassung und Eintragung dann, wenn in der gerichtlichen oder notariellen Urkunde die Parteien mit Absicht einen Punkt in einer von der Vereinbarung abweichenden Weise beurkunden lassen. Hierher gehört namentlich der häufig vorkommende Fall, dass zur Er-

[1]) Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht, Bd. I, S. 321. — R.-G., E. Bd. 16, S. 268, Seufferts Archiv, Bd. 55, S. 11.
[2]) Schollmeyer, d. Recht der Schuldverhältnisse, S. 167.
[3]) R.-G., E. in Seufferts Archiv, Bd. 55, S. 261.

sparung von Kosten, Stempel- oder Umsatzsteuer der Kaufpreis niedriger als vereinbart angegeben wird. Nach der Auflassung kann der Verkäufer trotz des Inhalts der Urkunde den höheren Kaufpreis vom Käufer fordern.[1])

Werden hiernach alle Leistungen und Gegenleistungen klagbar, die in irgend welcher Form von den Parteien vor der Auflassung vereinbart waren, so ist andererseits immer die unbedingte Voraussetzung, dass sie innerhalb des Grundstücksveräusserungsvertrages liegen. Sie müssen mit der Veräusserung des aufgelassenen Grundstücks in untrennbarem Zusammenhange stehen.[2]) Ob ein solcher Zusammenhang anzunehmen ist, ist Thatfrage.

Eintragung auf Grund des Urteils.

Bisher war davon ausgegangen, dass die Auflassung freiwillig vom Verpflichteten vollzogen wurde. Es fragt sich, ob und in welchem Umfange § 313 Satz 2 Platz greift, wenn der Veräusserer sich weigert, das Grundstück aufzulassen, und seine Auflassungserklärung durch das gegen ihn verwirkte rechtskräftige Urteil ersetzt wird. Hier ist zu beachten, dass nur aus einem formgerecht geschlossenen Vertrage auf Auflassung geklagt werden kann. Wird die Verpflichtung zur Auflassung durch ein rechtskräftiges Urteil ausgesprochen, so beruht die auf Grund des Urteils erfolgte Eintragung regelmässig nur auf den formgerecht getroffenen und daher vom Veräusserer anzuerkennenden Abreden. Die Eintragung vermag dagegen nicht das neben dem Vertrage formlos Vereinbarte rechtswirksam zu machen, zu dessen Anerkennung der Veräusserer nicht gezwungen werden kann und nicht bereit ist.

[1]) Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht, Bd. I, S. 322.
[2]) E. d. R.-G., Bd. 16, S. 267.

b) Zeitpunkt des Eintritts der Heilung.

Es bleibt schliesslich noch die Frage zu erörtern, in welchem Zeitpunkt die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung einsetzt. Hier stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Nach der einen wird der obligatorische Vertrag erst im Augenblick der Eintragung gültig (Wirkung ex nunc). Nach der anderen ist der Heilung rückwirkende Kraft beizumessen dergestalt, dass der Vertrag von Anfang an als vollwirksam anzusehen ist (Wirkung ex tunc). Zur Begründung der letzteren Ansicht führt Planck [1]) aus, die Auflassung werde vom Bürgerlichen Gesetzbuche als eine in der vorgeschriebenen Form erfolgende Bestätigung behandelt und es sei daher § 141 Abs. 2 anwendbar, wonach die Parteien einander alles zu gewähren hätten, was sie zu leisten verpflichtet gewesen wären, falls der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Schollmeyer [2]) meint, dass die Rückbeziehung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses dem Willen der Parteien entspreche. Rückwirkende Kraft wird auch von Enneccerus-Lehmann [3]) mit der Begründung vertreten, es spreche die Vermutung dafür, dass die Parteien behufs Erfüllung des früher geschlossenen obligatorischen Vertrages das Grundstück aufliessen. Nach Ansicht Kaufmann's [4]) ist der Vertrag infolge der Auflassung und Eintragung gleichfalls als von Anfang an vollwirksam anzusehen, da das Gesetz entweder formellen Abschluss des Vertrages oder dessen Realisierung durch Auflassung und Eintragung zur Gültigkeit erfordere und unter beiden

[1]) Planck, Kommentar z. B. G.-B., Bd. II, S. 85.
[2]) Schollmeyer, R. d. Schuldv. S. 168.
[3]) Enneccerus-Lehmann, d. Bürgerl. Recht, Bd. I, S. 436.
[4]) Kaufmann, Kommentar u. Institutionen, Bd. II, S. 144.

einander gleichwertigen Bedingungen dieselbe Wirkung eintreten lasse.

Die für die rückwirkende Kraft der Auflassung und Eintragung angeführten Gründe sind nicht überzeugend. Planck ist entgegenzuhalten, dass für die Aufnahme der Vorschrift des § 313 Satz 2 die Erwägung massgebend war, dass es mit der Verkehrsauffassung in Widerspruch stehe, wenn der Veräusserer trotz der Erfüllung des Vertrages durch die Auflassung noch berechtigt wäre, lediglich wegen des Formmangels den Eigentumsübergang rückgängig zu machen. Als Bestätigung des formlosen Vertrages ist die Auflassung nach Inhalt und Zweck des Gesetzes, wie oben gezeigt, nicht aufzufassen. Auch der von Schollmeyer angeführte Grund, nach dem Parteiwillen müsse rückwirkende Kraft angenommen werden, schlägt nicht durch. Ein solcher Einfluss kann in Ermangelung einer gesetzlichen Vorschrift der Parteiabsicht nicht zuerkannt werden. Es muss vielmehr daran festgehalten werden, dass der nichtige Vertrag erst im Augenblick der Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes, hier also im Augenblick der Eintragung, seine Wirksamkeit entfalten kann. Auch die an sich zutreffende Erwägung, dass zur Erfüllung des Vertrages die Auflassung ausgesprochen und entgegengenommen werde, nötigt nicht zu der Annahme, dass die Rechtswirkungen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurückzuziehen seien. Die von Kaufmann vertretene Gleichstellung der Auflassung und Eintragung mit dem formgerechten Abschluss des Vertrages geht zu weit. Die Heilung durch die Auflassung und Eintragung ist offenbar nur als Ausnahme gedacht. Die Auffassung, dass der formlos abgeschlossene Vertrag bis zur Eintragung nichtig ist und erst dann wirksam wird, ist allein

zutreffend. Sie entspricht auch am meisten dem Wortlaut des § 313 Satz 2: „Der Vertrag wird gültig." Bereits bei der Auslegung des § 10 des preussischen Gesetzes vom 5. Mai 1872, das durch seine Fassung einen solchen Fingerzeig nicht bot, wurde von der herrschenden Ansicht,[1]) insbesondere auch vom Reichsgericht[2]) der Auflassung die rückwirkende Kraft versagt. Nach § 313 ist dieser Annahme umsomehr beizutreten. Überwiegend wird daher auch die Wirkung ex nunc vertreten.[3]) Erst im Augenblick der Eintragung ist ein vollgültiger Vertrag vorhanden. Dieser Zeitpunkt ist für den Beginn der Anfechtungsfrist entscheidend. Eine vor der Eintragung vorgenommene Pfändung der aus dem formlosen Vertrage entstandenen Ansprüche ist unwirksam. Da der Vertrag seinem ganzen Umfange nach Gültigkeit erlangt, so sind die Parteien zur Erfüllung der übernommenen Pflichten der ursprünglichen Vereinbarung gemäss verbunden. Es bedarf nicht der Unterstellung einer rückwirkenden Kraft der Auflassung und Eintragung, um zu diesem Ergebnis zu gelangen. Ist z. B. ausgemacht, dass der Mietzins von einem bestimmten, vor der Auflassung liegenden Tage an den Erwerber gezahlt werden solle, so wird diese Vereinbarung in ihrem ursprünglichen Umfange gültig; und es tritt nicht etwa an die Stelle des bisherigen Termins der Tag der Eintragung. Gelangen beide Ansichten in dieser

---

[1]) Eccius, Preuss. Privatrecht, Bd. I, § 79, S. 466, Anm. 67. — Dagegen für die Wirkung ex tunc: Behrend, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 31, S. 457.

[2]) R.-G.-E. in Gruchot's Beiträgen, Bd. 29, S. 388.

[3]) Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht, S. 293. — Boehm, das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, S. 23. — Scherer, Recht der Schuldverhältnisse, S. 145, Hachenburg, Vorträge, S. 92. — Turnau-Förster, das Liegenschaftsrecht, Bd. I, S. 320.

Richtung zum gleichen Ziele, so fällt die Entscheidung verschieden aus bei der Prüfung der Frage, von welchem Zeitpunkte die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs wegen Mängel des Grundstücks zu laufen beginnt, falls die nach § 477 B. G.-B's. den Beginn der Verjährung herbeiführende Übergabe des Grundstückes vor dem Eigentumsübergang stattgefunden hat. Die vorgeschriebene einjährige Frist wird richtiger Ansicht nach erst von dem Augenblick der Eintragung gerechnet. Die Verjährung von Ansprüchen aus einem Vertrage setzt notwendig voraus, dass der Vertrag rechtsgültig abgeschlossen ist. Diesem Erfordernis ist aber erst im Augenblick der Eintragung genügt. Es entspricht auch der Billigkeit, die gegen den Erwerber laufende Frist erst in diesem Zeitpunkt beginnen zu lassen, da er sich vordem als Eigentümer nicht betrachten kann, vielmehr immer darauf gefasst sein muss, dem Veräusserer auf dessen Verlangen das Grundstück unverzüglich zurückzuübertragen. Insofern besteht eine grosse Ähnlichkeit mit dem bedingten Kaufvertrage, auf Grund dessen bereits vor dem Eintritt der Bedingung das Grundstück übergeben ist. Bei der Übergabe auf Grund formlosen Vertrages ist die Rechtslage ungefähr die gleiche, da der Vertrag bis zur Auflassung und Eintragung in der Schwebe bleibt und die Eintragung als die Bedingung der Gültigkeit des formlos abgeschlossenen Vertrages erscheint. Ebenso wie beim bedingten Kaufvertrage vom Eintritt der Bedingung, kann in unserem Fall frühestens vom Zeitpunkt der Eintragung die Verjährungsfrist ihren Lauf nehmen.

Unter besonderen Umständen geht allerdings schon im Moment der Auflassung der Gewährleistungsanspruch unter, nämlich dann, wenn der

Erwerber trotz der seit der Übergabe gewonnenen Kenntnis von dem Mangel des Grundstücks die Auflassung vorbehaltlos annimmt. Hier fordert Treu und Glauben die ausdrückliche Erklärung des Erwerbers, dass er sich seine Ansprüche wegen des Mangels vorbehalte, wenn er nicht überhaupt die Auflassung ablehnen will. Sein Schweigen muss als Genehmigung der Vertragserfüllung durch Übergabe des mangelhaften Grundstücks angesehen werden. Indessen kann dieser Einwand dem auf seinen Gewährleistungsanspruch sich berufenden Käufer nur unter der Bedingung mit Erfolg entgegengesetzt werden, dass vom Veräusserer die Kenntnis des Mangels zur Zeit der Auflassung dargethan wird. Von diesem Ausnahmefall abgesehen, kann ein etwaiger Mangel noch innerhalb des ersten Jahres nach der Eintragung geltend gemacht werden.

Die gleiche Wirkung der Heilung kommt der Eintragung auf Grund der Auflassung in den Fällen zu, wo kraft besonderer Vorschrift an Stelle gerichtlicher oder notarieller Beurkundung eine andere Form für ausreichend zu erachten ist, sofern diese Form bei Abschluss des obligatorischen Vertrages nicht gewahrt ist.